UNTERNEHMERISCHE MITBESTIMMUNG IM KONZERN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Peter Knaup
aus
Bad Berleburg

Marburg
1979

UNTERNEHMERISCHE MITBESTIMMUNG IM KONZERN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
des Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Peter Knaup
aus
Bad Berleburg

Marburg
1979

M e i n e n E l t e r n

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Als Dissertation von dem Fachbereich
Rechtswissenschaften
angenommen am: 31. Januar 1979
Berichterstatter: Professor Dr. Beuthien
Mitberichterstatter: Professor Dr. Baltzer
Tag der mündlichen Prüfung: 5. Februar 1979

G l i e d e r u n g

Einleitung: Aufgabe und Gang vorliegender Untersuchung..... 1

1. Teil: Vorbemerkungen grundsätzlicher Art..... 4

A) Begriff und Entwicklung der (paritätischen) Mitbestimmung.. 4
I) Entwicklung und Stand derzeitiger Diskussion..... 4
II) Begriff..... 6
B) Konzernarten..... 9
I) Einteilung nach der Zusammenfassung bestimmter Wirtschaftszweige..... 9
II) Die aktienrechtliche Einteilung nach § 18 AktG..... 10
III) Einteilung nach §§ 291 - 327 AktG..... 10
C) Die wesentlichen Merkmale eines Konzerns..... 12
I) Die Abhängigkeit..... 12
II) Die einheitliche Leitung..... 14

2. Teil: Wege der Mitbestimmung im Konzern und geltende konzernrechtliche Mitbestimmungsregeln..... 16

A) Ausgestaltung und Zweck der Mitbestimmung im Konzern..... 16
I) Geltende konzernrechtliche Mitbestimmungsregelungen..... 17
1) Das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)..... 17
2) Das Montan-Mitbestimmungsgesetz (Montan-MitbG) und das Mitbestimmungsergänzungsgesetz (MitbErgG)..... 19
3) Das Mitbestimmungsgesetz von 1976 (MitbG 76)..... 20
II) Konzernrechtliche Mitbestimmungsregeln in amtlichen und nicht amtlichen Gesetzesentwürfen..... 21
III) Anderweitige Vorstellungen zur Konzernmitbestimmung..... 22

3. Teil: Vereinbarkeit zwischen Aktien-/Konzernrecht und (paritätischer) Mitbestimmung..... 24

A) Mehrstufige (paritätische) Mitbestimmung und AG-Konzerne... 24
I) Die wirtschaftlich-soziologische Bedeutung der Konzerne..... 24

II) Probleme der konzernrechtlichen Mitbestimmung auf mehreren Unternehmensstufen..... 28
III) Kriterien wirksamer Konzerführung..... 29
1) Durchsetzbarkeit konzernmäßigen Verhaltens in der Tochtergesellschaft..... 29
2) Sicherung der Funktionsfähigkeit des Konzerns..... 31
IV) Interessenlage und Personalstruktur in Aufsichtsrat und Vorstand im Hinblick auf die konzerneinheitliche Leitung..... 33
1) Der Aufsichtsrat einer konzernverbundenen Aktiengesellschaft..... 33
a) Unternehmensmitbestimmungsrechtliche Einflußmöglichkeiten..... 33
aa) Kontrollfunktion, § 111 Abs. 1 AktG..... 33
bb) Aktive Einflußnahme auf die Geschäftsführung..... 34
aaa) Vorstandsbestellung (§ 84AktG)..... 34
bbb) Feststellung des Jahresabschlusses (§ 172 AktG) 35
ccc) Zustimmungspflichtigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG)..... 36
b) Der Aufsichtsrat als interessendualistisches Organ.... 38
c) Arbeitnehmervertretung in der Mutter- und Tochtergesellschaft im Vergleich..... 42
aa) Konzernbewußtsein und -gesamtstrategie..... 43
bb) Gliedpolitikverfolgung..... 46
2) Homogenität der Personalentscheidungen in der Tochtergesellschaft..... 49
a) Der Aufsichtsrat auf Anteilseignerseite unter Einbeziehung eines mitbestimmungsrechtlichen Kumulationseffektes..... 49
b) Der Vorstand..... 53
aa) Bei echter paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung. 53
bb) Bei Durchbrechung echter Parität..... 54
aaa) Auswirkungen des § 28 Abs. 4 Satz 2 und 3 RegE MitbestG 74..... 54
bbb) Einfluß des MitbG 76..... 58
3) Auswirkungen paritätischer Mitbestimmung auf die Vorstandsbestellung in der Konzernspitze..... 61
a) Echte paritätische Mitbestimmung..... 61
b) § 28 Abs. 4 RegE MitbG 74..... 66

c) MitbG 76..... 67
4) Zusammenfassende Würdigung des sich aus der Personal- und Interessenstruktur ergebenden Einflusses bisheriger Mitbestimmungsregelungen auf die einheitliche Konzernleitung..... 68
a) Einheitliche Konzernleitung unter der Mitbestimmung nach dem BetrVG..... 68
b) Einheitliche Leitung und MitbG 76..... 70
c) Einfluß des Montan-MitbG und des MitbErgG auf die einheitliche Leitung von Montankonzernen..... 73
V) Mehrstufige paritätische Mitbestimmung im Vertrags- und Eingliederungskonzern..... 74
1) Intention einer derartigen Unternehmensverbindung..... 74
2) § 308 AktG im Hinblick auf die Gewährleistung einheitlicher Konzernpolitik..... 75
a) Die Regelung des § 308 Abs. 3 AktG unter der BetrVG-Mitbestimmung..... 75
b) § 308 AktG unter echter paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung..... 77
aa) Vorstand der Muttergesellschaft als Anweisender..... 77
bb) Vorstand der Tochtergesellschaft als Weisungsempfänger. 78
cc) Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft als weisungsunabhängiges Organ..... 80
dd) Zusammenfassung..... 86
3) Gewährleistung einheitlicher Konzernpolitik im weisungsfreien Raum..... 87
a) Tochtervorstand und Konzerninteresse..... 87
b) Mögliche Entwicklungstendenzen..... 89
4) Weitere aktienrechtliche Möglichkeiten zur Vereinfachung der Konzernleitung und ihre Anwendung in der Praxis..... 91
a) Die Regelungen der §§ 111 Abs. 4 Satz 3 und 4, 119 Abs. 2 AktG..... 91
b) Die Zustimmungspflichtigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen als Lösungsansatz (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG)..... 94
5) Mehrstufige paritätische Mitbestimmung und die Regelungen der §§ 17 Abs. 1 und 18 Abs. 1 Satz 2 AktG..... 96
6) Gesamtergebnis..... 100

VI) Mehrstufige paritätische Mitbestimmung und faktischer Konzern ... 103
1) Zulässigkeit und Gefahren einheitlicher Leitung ... 103
2) Notwendigkeit der Existenz sog. faktischer Konzerne ... 113
3) Abhängigkeitsbegriff und paritätische Mitbestimmung in bezug auf die Anwendbarkeit der §§ 311 ff AktG ... 115
a) Der mehrheitliche Anteilsbesitz als Beherrschungsmittel ... 115
aa) Umfassende Einflußmöglichkeit und § 17 Abs. 2 AktG ... 117
bb) Partielle Einflußnahmemöglichkeit, Schutzzweck der §§ 311 ff AktG und § 17 Abs. 2 AktG ... 119
cc) Umfassende Einflußnahmemöglichkeit, Schutzzweck und § 17 Abs. 2 AktG ... 121
b) Die sogenannten tatsächlichen Verhältnisse als Beherrschungsmittel ... 130
c) Satzungsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten ... 134
4) Einheitliche Leitung ... 135
a) Konzernbildung und Mehrheitsbeteiligung ... 135
aa) Koordination im finanziellen Bereich ... 135
bb) Faktische Leitungsmacht in anderen Bereichen ... 138
b) Faktische Leitungsmacht bei Beherrschung aufgrund sogenannter tatsächlicher Verhältnisse ... 141
c) Entscheidungsverhalten von Vorstand und Arbeitnehmervertretern unter Berücksichtigung empirischer Untersuchungen 141
aa) Der Vorstand des abhängigen Unternehmens ... 142
bb) Die Arbeitnehmervertretung ... 143
aaa) Arbeitnehmervertreter und das Konzerninteresse ... 143
bbb) Gefahr der Blockierung einheitlicher Leitung ... 143
aaaa) Das Entscheidungsverhalten der Arbeiter und Angestellten ... 145
bbbb) Die leitenden Angestellten als Entscheidungsträger ... 147
cccc) Die außerbetrieblichen Arbeitnehmervertreter als Mitbestimmungsträger ... 152
dddd) Die sogenannte Fraktionsbildung ... 153

d) Aktienrechtliche Möglichkeiten der Vereinfachung konzerneinheitlicher Leitung..... 156
aa) Einfluß der §§ 111 Abs. 4 Satz 3 und 4, 119 Abs. 2 AktG..... 156
bb) Zustimmungspflichtigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG). 156
e) Bestehen einer effektiven Konzernführung aufgrund der getroffenen Feststellungen..... 159

VII) Auswirkungen mehrstufiger paritätischer Mitbestimmung auf Konzernkonzentrationsprozesse... 163
1) Der " faktische " Konzern..... 163
a) Ausweichmöglichkeit in den Vertragskonzern..... 163
b) Ausweichen auf Unternehmensverträge iS von § 292 AktG. 165
2) Der Vertrags- und Eingliederungskonzern..... 167
3) Der zentralisierte und dezentralisierte Konzern..... 167

VIII) Notwendigkeit von gesetzlichen Änderungen in aktien-(konzern-)rechtlicher und mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht..... 169
1) Aktienrechtliche Änderungen bei Beibehaltung mehrstufiger Parität..... 169
a) Ersatz zustimmungspflichtiger Geschäfte durch Widerspruchsgeschäfte..... 169
b) Gesetzliche Festlegung der zustimmungspflichtigen Geschäfte..... 172
c) Änderungsvorschläge für den Vertrags- und Eingliederungskonzern..... 173
aa) Änderung des § 308 Abs. 3 AktG..... 173
bb) Verbindlicher Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats bei der Konzernierung..... 174
cc) Verpflichtung des Aufsichtsrats der Untergesellschaft auf das Konzerninteresse..... 177
dd) Geringere Anforderungen an die Gründung eines Vertragskonzerns..... 177
d) Änderungsvorschläge für den sogenannten faktischen Konzern..... 178
aa) Einführung einer § 308 Abs. 3 AktG entsprechenden Vorschrift..... 178
bb) Aufsichtsrat und Konzerninteresse..... 179

2) Mitbestimmungsrechtliche Änderungen..... 179
a) Einschaltung eines neutralen Aufsichtsratsmitglieds... 179
b) Gesetzlich eingeräumtes Letztentscheidungsrecht des Vorstands..... 180
c) Die Regelung des § 26 Abs. 2 RegE MitbG 74..... 180
d) Paritätische Mitbestimmung nur in der Konzernspitze... 181
aa) Konzern- und mitbestimmungsrechtliche Auswirkungen.. 181
bb) Durchführbarkeit und Zulässigkeit..... 182
aaa) Zeitpunkt und Durchführung der paritätischen Mitbestimmung in der Konzernspitze..... 182
bbb) De- und Zentralisation..... 184
ccc) Konzern und Unternehmensbegriff..... 186
aaaa) Die rechtliche Selbständigkeit als Anknüpfungspunkt..... 186
bbbb) Die wirtschaftliche Selbständigkeit im Vertrags- und Eingliederungskonzern..... 186
cccc) Die wirtschaftliche Selbständigkeit im sogenannten faktischen Konzern..... 188
3) Zusammenfassung und Vorschläge für eine konzernrechtliche Mitbestimmung mit tragenden Gesichtspunkten..... 191

B) Sonderprobleme..... 195
1) Das Problem des überparitätischen Einflusses..... 195
2) Der nach dem Division-Prinzip organisierte Konzern..... 203

4. Teil: Einfluß paritätischer Mitbestimmung auf Konzerne unter Beteiligung anderer Gesellschaftsformen..... 208
A) GmbH-Konzernrecht und paritätische Mitbestimmung..... 208
I) Einheitliche Leitungsausübung in der paritätisch mitbestimmten GmbH eines sogenannten faktischen Konzerns..... 208
1) Die Verfassung der GmbH de lege lata..... 208
2) Bisherige GmbH-Konzernierung auf faktischer Grundlage.. 209
3) Paritätische Mitbestimmung und geltendes GmbH-Recht.... 210
4) Einfluß des mehrheitlich beteiligten Unternehmens in der paritätisch mitbestimmten GmbH-Untergesellschaft... 211
a) Bestellung und Anstellung der Geschäftsführer..... 211
b) Zustimmungspflichtigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen214
5) Die Bedeutung der §§ 124 Abs. 4, 107 Abs. 5 Satz 2 RegE GmbHG in der in Mehrheitsbesitz stehenden GmbH.... 227
6) Die Frage der Erforderlichkeit paritätischer Mitbestimmung allein in der Konzernspitze..... 229

II) Der Vertrags- und Eingliederungskonzern..... 233
III) Zusammenfassung..... 235
B) Die inländische Personengesellschaft und das ausländische Unternehmen als Muttergesellschaft einer paritätisch mitbestimmten GmbH oder AG..... 236
I) Der sogenannte faktische Konzern..... 237
II) Der Vertragskonzern..... 238
1) Ausgestaltung der Konzernmitbestimmung und ihre Wirksamkeit..... 238
2) Paritätische Mitbestimmung als unantastbares Regelungsprinzip..... 240
a) Die Personengesellschaft als Konzernspitze..... 240
b) Die ausländische Muttergesellschaft..... 242
3) Lösungsmöglichkeiten für eine wirksamere paritätische Mitbestimmung im Konzern..... 245
a) Übertragbarkeit eines paritätischen Mitbestimmungsmodells auf Personengesellschaften als Konzernspitze 245
b) Erweiterung der Rechte der Arbeitnehmer im BetrVG... 248
c) Erweiterung der Rechte des Aufsichtsrats der Tochtergesellschaft..... 249
aa) Nichtanwendung der §§ 308 A bs. 3 und 111 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG (§§ 244 Abs. 3 und 107 Abs. 5 Satz 2 RegE GmbHG)..... 249
bb) Zustimmung des Aufsichtsrats der Tochtergesellschaft zum Abschluß von Beherrschungsverträgen.... 251
III) Zusammenfassung..... 252
IV) Die mitbestimmungsrechtliche Teilkonzernierung..... 253

5. Teil: Würdigung und Entwicklungstendenzen..... 258

A) Überblick..... 258
B) Entwicklungstendenzen..... 258
I) Der sogenannte faktische Konzern..... 258
II) Verstärkung der Konzentrationsprozesse..... 259
III) Anderweitige strukturelle Maßnahmen..... 263

6. Teil: Das sogenannte Gemeinschaftsunternehmen und die paritätische Mitbestimmung..... 266

A) Begriff und Bedeutung..... 266

B) Die konzernrechtliche Behandlung..... 266
C) Die Frage des Wahlrechts der Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens zum Aufsichtsrat der Obergesellschaft (en)..... 268
I) Das maßgebliche Entscheidungszentrum..... 268
II) Ausgestaltung des Wahlrechts..... 273

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s

Adler/Düring/Schmalz	Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, Handkommentar, Band 1, Rechnungslegung, §§ 148 - 160, 311 - 313 AktG 1965,§ 14 EG, 4. Auflage, Stuttgart 1968
Ahrens, Dieter H.	Die Problematik des Mehrmütter-Konzerns in aktien- und mitbestimmungsrechtlicher Sicht, Die AG 75,S. 151f
Albach, Horst	Die Organisation des Entscheidungsprozesses nach dem Aktiengesetz 1965, NB 66, S. 30 ff
Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften	Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates betreffend das Statut einer Europäischen Aktiengesellschaft vom 7.8.1974, Nr. C 93/25 ff
Anders, Helmut	Leitung und Verantwortung, Initiative und Kontrolle im modernen Unternehmen, Marburger Gespräch über Eigentum-Gesellschaftsrecht-Mitbestimmung, S. 23 ff, Marburg 1967
Arbeitskreis GmbH-Reform	Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Band 1,Heidelberg 1971 und Band 2, Heidelberg 1972
ders.	Handelsgesellschaft auf Einlagen-Für und Wider, Arbeitskreis GmbH-Reform nimmt zur Diskussion um seinen Gesetzesvorschlag Stellung, BB 73, S. 588 ff
Arbeitskreis Prof. Dr. Krähe der Schmalenbach-Gesellschaft	Konzernorganisation, bearbeitet von Wilhelm Hardach, 2. Auflage, Köln und Opladen 1964
Arndt, Helmut	Mikroökonomische Theorie, 1. Band, Tübingen 1966
Ballerstedt, Kurt	Aktienrechtsreform und Unternehmensverfassung, Zur großen Aktienrechtsreform,S.33 ff.Hannover 1963

ders.	GmbH-Reform, Mitbestimmung-Unternehmensrecht, ZHR 135 (1971),S.479 ff
ders.	Unternehmensrechtliche Probleme des Entwurfs des Mitbestimmungsgesetzes, ZRP 74, S. 290 ff
Balser/Pichura/Meyer	Die GmbH, Freiburg 1971
Bälz, Ulrich	Einheit und Vielheit im Konzern, Festschrift für Ludwig Raiser, S. 287 ff, Tübingen 1974
Barz, Carl-Hans	Das 50 : 50 Gemeinschaftsunternehmen und das Konzernrecht, Festschrift für H. Kaufmann, S. 59 ff,Köln 1972
ders.	Abhängigkeitsausschlußvertrag bei der Aktiengesellschaft, Festschrift für Johannes Bärmann, S. 185 ff,München 1975
Baumbach/Hueck	Aktiengesetz, 13. Aufl.,München 1968
dies.	GmbH-Gesetz, 13. Aufl.,München 1970
Bayer, Wilhelm F.	Mitbestimmung und Konzern, DB 75, S. 1167 ff
ders.	Anwendungsbereich des Mitbestimmungsgesetzes, ZGR 77, S. 173 ff

Bericht über das Ergebnis einer Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 29. Februar 1964, BT-Drucksache IV/2320-Konzentrationsenquete -

Biedenkopf, Kurt H.	Konzernbetriebsrat und Konzernbegriff Quo vadis, ius societatum - Liber amicorum Pieter Sanders,S. 1 ff, Kluwer-Deventer 1972
ders.	Zur Diskusssion über ein neues Unternehmensrecht, Festschrift für Ludwig Raiser , S. 339 ff.Tübingen 1974
Blume, Otto	Normen und Wirklichkeit einer Betriebsverfassung,Tübingen 1964
Boetius, Jan	Konzernbildung und Aktienpoolung ? DB 70, S. 1964 ff
Boettcher/Hax/Kunze/von Nell-Breuning/Ortlieb/Preller(Sechserbericht)	Unternehmensverfassung als gesellschaftspolitische Forderung,Berlin 1968

Boldt, Gerhardt	Kommentar zum Mitbestimmungsergänzungsgesetz, München 1967
Brachvogel, Gerrit	Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Konzern, Diss. jur., München 1967
Brinkmann-H erz,Dorothea	Entscheidungsprozesse in den Aufsichtsräten der Montanindustrie,Berlin 1972
Buchner, Herbert	Paritätische Mitbestimmung: Der Weg zu einer neuen Unternehmens- und Arbeitsordnung, ZfA 74, S. 147 ff
Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.)	Sozialpolitische Informationen, Jahrgang IX/23, 15. Dezember 1975
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)	Wohin führt das Mitbestimmungsmodell der Koalition ? Eine Sammlung von Leitartikeln aus Tages- und Wochenzeitungen, Köln 1974
dies.	Stellungnahme des Arbeitskreises Mitbestimmung zum Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (MitbestG), BT-Drucksache 7/ 2172, Köln 1974
Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt	Mitbestimmung bei GmbH und GmbH & Co- Eingabe der Centrale für GmbH zum Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer an den Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung, den Rechtsausschuß und den Innenausschuß des Deutschen Bundestages, GmbH-Rundschau 74, S. 221 ff
dies.	- Gutachtliche Stellungnahme der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt zum Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit ihrer Eingabe vom 15. 10. 1974, GmbH-Rundschau 74, S. 273 ff
Damm, Reinhard	Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Betriebsführungsverträgen, BB 76,S. 294 ff
Däubler, Wolfgang	Das Grundrecht auf Mitbestimmung, Frankfurt 1973

Deutsche Angestellten-Gewerkschaft (DAG)	Mitbestimmung: Ein Fortschritt, Der Angestellte vom 3.2.1976
Deutsche Angestellten-Gewerkschaft-Bundesvorstand	Entwurf eines Gesetzes über die paritätische Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen, Hamburg, Oktober 1973
dies.	Änderungsvorlage zur Bundesrats-Drucksache 200/74, Hamburg, im Mai 1974
Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)	Stellungnahme des - zur Reform des GmbH-Gesetzes, Das MitbGespräch 70, S. 111 f
ders.	Mitbestimmung- Eine Forderung unserer Zeit, Düsseldorf 1971
ders.	Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Großunternehmen und Großkonzernen (Mitbestimmungsgesetz) (1968), abgedruckt in Das MitbGespräch 73, S. 207 ff
ders.	Erklärung des DGB- Bundesausschusses zum Mitbestimmungskompromiß, Das MitbGespräch 74, S. 22
ders.	Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer - Zusammenfassende Stellungnahme zu den Fragenkomplexen, die im Anhörungsverfahren vor dem Bundestagsauschuß für Arbeit und Sozialordnung am 16. Oktober sowie am 4. und 7. November 1974 angesprochen worden sind, Düsseldorf, den 6.12.74
ders.	Bundeskongreß zur Mitbestimmung, Die Quelle 75, S. 295 ff

Die Vorschriften des niederländischen Rechts zur Mitbestimmung in großen Gesellschaften- Wetboek van Koophandel (Handelsgesetzbuch) - Auszug, ZGR 74, S. 125 ff

Dietz/Richardi	Betriebsverfassungsgesetz, 5. Auflage, München 1973
Duden, Konrad	Zur Methode der Entwicklung des Gesellschaftsrechts zum "Unternehmensrecht", Festschrift für Wolfgang Schilling. S. 309 ff, Berlin New York 1973

Boldt, Gerhardt	Kommentar zum Mitbestimmungsergänzungsgesetz, München 1967
Brachvogel, Gerrit	Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im Konzern, Diss. jur., München 1967
Brinkmann-H erz,Dorothea	Entscheidungsprozesse in den Aufsichtsräten der Montanindustrie,Berlin 1972
Buchner, Herbert	Paritätische Mitbestimmung: Der Weg zu einer neuen Unternehmens- und Arbeitsordnung, ZfA 74, S. 147 ff
Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung (Hrsg.)	Sozialpolitische Informationen, Jahrgang IX/23, 15. Dezember 1975
Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände (BDA)	Wohin führt das Mitbestimmungsmodell der Koalition ? Eine Sammlung von Leitartikeln aus Tages- und Wochenzeitungen, Köln 1974
dies.	Stellungnahme des Arbeitskreises Mitbestimmung zum Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (MitbestG), BT-Drucksache 7/ 2172, Köln 1974
Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt	Mitbestimmung bei GmbH und GmbH & Co- Eingabe der Centrale für GmbH zum Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer an den Ausschuß für Arbeit und Sozialordnung, den Rechtsausschuß und den Innenausschuß des Deutschen Bundestages, GmbH-Rundschau 74, S. 221 ff
dies.	- Gutachtliche Stellungnahme der Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt zum Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit ihrer Eingabe vom 15. 10. 1974, GmbH-Rundschau 74, S. 273 ff
Damm, Reinhard	Die aktienrechtliche Zulässigkeit von Betriebsführungsverträgen, BB 76,S. 294 ff
Däubler, Wolfgang	Das Grundrecht auf Mitbestimmung, Frankfurt 1973

Deutsche Angestellten-Gewerkschaft (DAG)	Mitbestimmung: Ein Fortschritt, Der Angestellte vom 3.2.1976
Deutsche Angestellten-Gewerkschaft-Bundesvorstand	Entwurf eines Gesetzes über die paritätische Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen, Hamburg, Oktober 1973
dies.	Änderungsvorlage zur Bundesrats-Drucksache 200/74, Hamburg, im Mai 1974
Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB)	Stellungnahme des - zur Reform des GmbH-Gesetzes, Das MitbGespräch 70, S. 111 f
ders.	Mitbestimmung- Eine Forderung unserer Zeit, Düsseldorf 1971
ders.	Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Großunternehmen und Großkonzernen (Mitbestimmungsgesetz) (1968), abgedruckt in Das MitbGespräch 73, S. 207 ff
ders.	Erklärung des DGB- Bundesausschusses zum Mitbestimmungskompromiß, Das MitbGespräch 74, S. 22
ders.	Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer - Zusammenfassende Stellungnahme zu den Fragenkomplexen, die im Anhörungsverfahren vor dem Bundestagsauschuß für Arbeit und Sozialordnung am 16. Oktober sowie am 4. und 7. November 1974 angesprochen worden sind, Düsseldorf, den 6.12.74
ders.	Bundeskongreß zur Mitbestimmung, Die Quelle 75, S. 295 ff

Die Vorschriften des niederländischen Rechts zur Mitbestimmung in großen Gesellschaften- Wetboek van Koophandel (Handelsgesetzbuch) - Auszug, ZGR 74, S. 125 ff

Dietz/Richardi	Betriebsverfassungsgesetz, 5. Auflage, München 1973
Duden, Konrad	Zur Methode der Entwicklung des Gesellschaftsrechts zum "Unternehmensrecht", Festschrift für Wolfgang Schilling. S. 309 ff, Berlin New York 1973

ders.	Mitbestimmung und Kapitalbeteiligung, Festschrift für Kurt Ballerstedt, S. 31 ff
ders.	Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz, ZHR 141 (1977), S. 145 ff
Dülfer, Eberhard	Die Aktienunternehmung, Göttingen 1962
Eder, Karl	Der GmbH-Konzern in der Unternehmenspraxis- Ein Beitrag zum Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, GmbH-Rundschau 70, S. 249 ff
Eick, Jürgen	Noch ist es nicht zu spät, FAZ vom 27.1. 1975, S. 1
Emmerich, Volker	Das GmbH-Konzernrecht (II), Die AG 75, S. 285 ff
Emmerich/Gansweid	Die Problematik des Gemeinschaftsunternehmens - BGHZ 62, 193, JuS 75, S. 294 ff
Emmerich/Sonnenschein	Konzernrecht, München 1973

Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Mitbestimmungsgesetz - MitbestG), BR-Drucksache 200/74

Entwurf eines Gesetzes für Gesellschaften mit beschränkter Haftung, BT-Drucksache VI/3088

Entwurf eines Gesetzes über die Unternehmensverfassung in Großunternehmen und Konzernen der SPD-Fraktion, BT-Drucksache V/3657

Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie, BT-Drucksache Nr. 986, 2. Wahlperiode

Everling, Wolfgang	Interne Konzernbeziehungen- Eine Untersuchung der Besonderheiten in den internen Beziehungsverhältnissen von Konzernen , Diss. jur., Berlin 1957
ders.	Konzerne und rechtseinheitliche gegliederte Unternehmungen, DB 61, S. 1557 ff
Farthmann, Friedhelm	Von Parität kann keine Rede sein, Die Quelle 74, S. 97 ff
Fitting/Auffarth	Betriebsverfassungsgesetz, Handkommentar, 10. Auflage, München 1972

Fitting/Eckardt	Die Mitbestimmung in den Obergesellschaften der Montanindustrie, Arbeitsrechts-Blattei, Mitbestimmung der Arbeitnehmer, III B 1973
Friedländer, Heinrich E.	Konzernrecht unter Berücksichtigung der amerikanischen Praxis, 2. neubearbeitete Auflage, Berlin und Frankfurt 1954
Frisinger/Lehmann	Konzern im Konzern: Wahl der Arbeitnehmervertreter für den Aufsichtsrat im Rahmen von § 76 Abs. 4 BetrVG 1952 und §§ 54 ff BetrVG 1972 bei nach dem " Division-Prinzip " organisierten Konzernen, DB 72, S. 2337 ff
Froehlich/Wagner	Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns, BB 55, S. 228 ff
Gailbraith,John Kenneth	Gesellschaft im Überfluß
Gandenberger, Otto	Was ist ein Unternehmen ? , Heidelberg 1963
Geitner, Dirk	Unternehmerische Mitbestimmung als Normenkonflikt, Die AG 74, S. 199 ff
Geßler, Ernst	Vollendete oder nur begonnene Aktienrechtsreform ?, Die AG 65, S. 343 ff
ders.	Grundfragen der GmbH-Reform, BB 71, S.665 ff
ders.	Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern, Festschrift für Harry Westermann, S. 145 ff, Karlsruhe 1974
ders.	Besprechung der Entscheidung BGHZ 62,193, ZGR 74, S. 476 ff
Geßler/Hefermehl/Eckardt/ Kropff	Kommentar zum Aktiengesetz - 1. Lieferung, Vorbemerkungen, §§ 1-22, München 1973 - Band II, §§ 76-147, München 1973,1974 - 6. Lieferung, §§ 291-318, München 1976
Godin/Wilhelmi	Aktiengesetz - Band I: §§ 1-178, 3. Auflage, Berlin 1967 und 4. Auflage, Berlin New York 1971

	- Band II: §§ 179-410, 4. Auflage, Berlin New York 1971
Grasmann, Günther	System des internationalen Gesellschaftsrechts, Herne 1970
Großfeld, Bernhard	Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968
Großkommentar Aktiengesetz	Erster Band, 1. Halbband, §§ 1-75, Dritte neubearbeitete Auflage, Berlin New York 1973 Erster Band, 2. Halbband, §§ 76-147, Dritte neubearbeitete Auflage, Berlin New York 1973 Vierter Band, §§ 291-410, Dritte neubearbeitete Auflage, Berlin New York 1975
Gürtler, Heinz	Zur Soziologie des Aufsichtsrates, Das MitbGespräch 57, Heft 6, S. 5 ff
Gutenberg, Erich	Unternehmensführung- Organisation und Entscheidung, Wiesbaden 1962
Gutjahr, Hans-Joachim	Der Begriff der Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung, Diss. jur., Hamburg 1972
Hachenburg, Max	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Zweiter Band (§§ 35-84), Sechste Auflage, Berlin 1959
Haesen, Wilfried	Der Abhängigkeitsbericht im faktischen Konzern, Köln 1970
Hansen, Kurt	" Zu den Entwürfen nur ein klares Nein ", Handelsblatt vom 27.3.1974, S. 3
Harms, Wolfgang	Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln Berlin Bonn München 1968
Hartmann, Gunther	Konzernrecht und Aktienrechtsreform, Marburger Aussprache zur Aktienrechtsreform, S. 53 ff, Marburg 1959
Hax, Karl	Die Aufgaben des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft unter dem Einfluß der qualifizierten Mitbestimmung in Mitbe-

	stimmung und Wirtschaftspolitik, S. 195 ff, hrsg. von Kurt Nemitz und Richard Becker, Köln 1967
ders.	Mitbestimmung als organisatorisches Problem in der Unternehmenswirtschaft, Wissenschaft und Praxis, Festschrift zum Zwanzigjährigen Bestehen des Westdeutschen Verlages, S. 283 ff, Köln und Opladen 1967
Heintzeler, Wolfgang	Das Betriebsverfassungsgesetz als optimale Synthese von Marktwirtschaft, Eigentumsordnung und Mitbestimmung in Mitbestimmung ? Herausgegeben und eingeleitet von Goetz Briefs, S. 98 ff, Stuttgart 1967
Helmer, Wolfgang	Noch mehr Verwirrung über den " Leitenden Angestellten ", FAZ vom 5.12.1975, S. 16
Hensche, Detlev	Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder, Das MitbGespräch 71, S. 97 ff
ders.	Die Montanmitbestimmung hat sich bewährt Mitbestimmungs-Hearing, Die Quelle 74, S. 434 ff
Hesse, Konrad	Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 8. neubearbeitete Auflage, Karlsruhe 1975
Hillert, August	Gedanken zur Erweiterung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer, BB 70, S. 1258 ff
Hintner, Otto	Konzern, Beitrag zum Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, Band II, Dritte Auflage, Stuttgart 1958
Hoffmann, Dietrich	Zu den konzernrechtlichen Bestimmungen des Regierungsentwurfes eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer, BB 74, S. 1276 ff
ders.	Probleme der GmbH und GmbH & Co nach dem Regierungsentwurf eines Mitbestimmungsgesetzes, GmbH-Rundschau 74, S. 73 ff

ders.	Der Beschluß des Bundesarbeitsgerichts zum Begriff des Leitenden Angestellten, NJW 74, S. 1161 ff
ders.	Die Rolle der Mitbestimmung in Gemeinschafts unternehmen, FAZ-Blick durch die Wirtschaft vom 30.1.1975, S. 7
Hölters, Wolfgang	Satzungsgestaltung und Organisationsstruktur von Unternehmen bei Einführung der qualifizierten Mitbestimmung, BB 75, S. 797 ff
Hueck, Alfred	Abmerkung zu BAG AP Nr. 20 zu § 76 BetrVG 52
ders.	Die Einwirkung der Aktienrechtsreform auf das Mitbestimmungsrecht, RdA 62, S. 396 ff
Hueck/Nipperdey	Lehrbuch des Arbeitsrechts - Erster Band von Alfred Hueck, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt 1963 - Zweiter Band, Kollektives Arbeitsrecht, Zweiter Halbband (II/2) von H.C. Nipperdey unter Mitarbeit von Dr. Franz Jürgen Säcker, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt 1970
Hueck, Goetz	Zwei Probleme der Konzernmitbestimmung, Festschrift für Harry Westermann, S. 241 ff, Karlsruhe 1974
Huffschmid, Jörg	Die Politik des Kapitals- Konzentration und Wirtschaftspolitik in der Bundesrepublik, Frankfurt 1971
Ihde, Jens	Der faktische GmbH-Konzern, Diss. jur., Heidelberg 1974
Jungblut, Michael	Die Reichen und die Superreichen in Deutschland, Hamburg 1971
ders.	Nicht vom Lohn allein- Elf Modelle für Mitbestimmung und Gewinnbeteiligung, Hamburg 1973
ders.	Persilschein für Buhmänner, Die Zeit vom 26.12.1975

Kaßler, Er hard	Die verschiedenen Pläne zur Ausweitung der Mitbestimmung, Das MitbGespräch 73, S. 153 ff
Kittner, Michael	Unternehmensverfassung und Information - Die Schweigepflicht von Aufsichtsratsmitgliedern, ZHR 136 (1972), S. 208 ff
ders.	Grundprobleme der Arbeitnehmerbeteiligung in den Aufsichtsräten eines Konzerns, AuR 76, S. 6 ff
Knoblau, Jochen	Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages, Bad Schwartau 1971
Köhler, Herbert W.	Rechtsform und Unternehmensverfassung, ZgStW 115 (1959), S. 716 ff
Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (hrsg. von W. Zöllner)	1. Lieferung, §§ 1-53, Köln Berlin Bonn München 1970
	Band 1, 4. Lieferung, §§ 95-117, Köln Berlin Bonn München 1973
	Band 3, 1. Lieferung, §§ 291-328, Köln Berlin Bonn München 1971
Koppensteiner, Hans-Georg	Unternehmergemeinschaften im Konzerngesellschaftsrecht, ZHR 131 (1968), S. 289 ff
ders.	Internationale Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, Frankfurt 1971
Kötter, Hans-Wilhelm	Mitbestimmungsrecht 1952, Berlin 1952
ders.	Mitbestimmungsergänzungsgesetz (Holding-Novelle), Berlin 1958
Krämer, Hans	Konzernbeherrschung und Konzergestaltung aus der Sicht der beherrschenden Unternehmung, Festschrift für Wilhelm Rieger, S. 256 ff, Stuttgart 1963
Krieger, Albrecht	Die Regierungsentwürfe zur GmbH-Reform, BB 72, S. 717 ff

Kronstein, Heinrich	Aktienrechtliche und wettbewerbsrechtliche Aspekte der Konzentration, Festschrift für Ernst Geßler, S. 219 ff, München 1971
Kropff, Bruno	Aktiengesetz - Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965, Düsseldorf 1965
Kruk, Max	Das Regime der Funktionäre - Zum Mitbestimmungskompromiß, FAZ vom 25.2.1974, S. 13
Kunze, Otto	Von der Reform des Aktienrechts zur Reform des Unternehmensrechts, Das MitbGespräch 60, Heft 11, S. 10 ff
ders.	Bemerkungen zu Inhalt und Methode einer Unternehmensrechtsreform, Festschrift für Ernst Geßler, S. 47 ff, München 1971
Lenk, Erhard	Die qualifizierte Mitbestimmung der Arbeitnehmer und ihre wirtschaftliche Problematik, Köln 1961
Limbach, Jutta	Theorie und Wirklichkeit der GmbH, Berlin 1966
Loos, Gerold	Auswirkungen der Mitbestimmungsreform für die GmbH, DB 74, S. 823 ff
Luchterhandt, Hans-Friedrich	Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern, ZHR 133 (1970), S. 1 ff
ders.	Deutsches Konzernrecht bei grenzüberschreitenden Konzernverbindungen, Stuttgart 1971
Lutter, Marcus	Nur Sachkenner können mitreden, Die Zeit vom 28.9.1973, S. 41
ders.	Zur Herrschaft mehrerer Unternehmen über eine Aktiengesellschaft, NJW 73, S. 113 ff
ders.	Zur Binnenstruktur des Konzerns, Festschrift für Harry Westermann, S. 347 ff, Karlsruhe 1974

ders.	Mitbestimmung im Konzern- Eine Stellungnahme zu den konzernrechtlichen Vorschlägen des Regierungsentwurfs eines Mitbestimmungsgesetzes, Köln 1975
Martens, Klaus-Peter	Das Konzernrecht nach dem Referentenentwurf eines GmbH-Gesetzes, DB 70, S. 813 ff und 865 ff
ders.	Paritätische Mitbestimmung und Aufsichtsratssystem, BB 73, S. 1118 ff
ders.	Mitbestimmung, Konzernbildung und Gesellschaftereinfluß, ZHR 138 (1974), S. 179 ff
Meier, A.	Einheitliche Leitung in Konzernen aus betriebswirtschaftlicher Sicht, Wpg 66, S. 570 ff
Merklein, Renate	Konzerne: Die Konjunkturpolitik versagt, Der Spiegel vom 31.1.1972, S. 30 ff
Mestmäcker, Ernst Joachim	Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958
ders.	Zur Systematik des Rechts der verbundenen Unternehmen im neuen Aktiengesetz, Festgabe für Heinrich Kronstein, S. 129 ff, Karlsruhe 1967
Meulenbergh, Claus	Die rechtlichen Möglichkeiten der Einflußnahme auf den Vorstand der Aktiengesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des mitgliedschaftlichen Beteiligungsrechts, Bad Schwartau 1971

Mitbestimmung im Unternehmen, Bericht der Sachverständigenkommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen bei der Mitbestimmung (Mitbestimmungskommission), Bochum 1970, BT-Drucksache VI/334

Möschel, Wernhard	Aktienrechtliche Aspekte des Zusammenschlusses Thyssen/Rheinstahl, ZRP 73, S. 162 ff
Müller/Lehmann	Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen, Heidelberg 1952

Nikisch, Arthur	Arbeitsrecht, III. Band, Betriebsverfassungsrecht, 2. Auflage, Tübingen 1966
Nordmeyer, Andreas	Der Unternehmensbegriff im Konzernrecht, Köln 1970
Pähler, Otto Heinrich	Die Zulässigkeit des faktischen Konzerns, Bielefeld 1972
Pausenberger, Ehrenfried	Der Konzernaufbau- Versuch einer Morphologie des Konzerns, Diss. jur., München 1957
Peltzer, Martin	Der Regierungsentwurf zum Mitbestimmungsgesetz und die Verfassung der deutschen Kapitalgesellschaft, BB 74, S. 440 ff
Pernthaler, Peter	Qualifizierte Mitbestimmung und Verfassungsrecht, Berlin 1972
Philipp, Wolfgang	Patt-Auflösung im Aufsichtsrat durch die Zweitstimme des Vorsitzenden ?, DB 76, S. 195 ff
Piel, Dieter	Ein ungeliebter Wechselbalg, Die Zeit vom 5.12.1975, S. 20
Pohmer, Dieter	Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft dargestellt am Beispiel der Konzerngestaltungen in Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF 33 (1964), S. 56 ff, Berlin 1964
Potthoff/Blume/Duvernell	Zwischenbilanz der Mitbestimmung, Tübingen 1962

Praktische Probleme im neuen Aktienrecht, hrsg. von dem Deutschen Institut für Betriebswirtschaft und dem Institut für Interne Revision in Verbindung mit der Zeitschrift Interne Revision, Berlin 1967

Prühs, Hagen	Grundprobleme der aktienrechtlichen Abhängigkeit im Spiegel der neuen Literatur, Die AG 72, S. 308 ff

ders.	Die tatsächliche Abhängigkeit aus aktienrechtlicher Sicht, DB 72, S. 2001 ff
Raisch, Peter	Unternehmensrecht, Band 2, Reinbek 1974
Raiser, Ludwig	Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung in Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF 33 (1964), S. 51 ff, Berlin 1964
Raiser, Thomas	Vorstand, Aufsichtsrat und Hauptversammlung in mitbestimmten Aktiengesellschaften, Festschrift für Ludwig Raiser, S. 355 ff, Tübingen 1974
ders.	Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung, Berlin New York 1975
ders.	Der neue Koalitionskompromiß zur Mitbestimmung - Juristische Kritik und Verbesserungsvorschläge, BB 76, S. 145 ff
Rasch, Harold	Deutsches Konzernrecht, 5. Auflage, Köln Berlin Bonn München 1974
Rehbinder, Eckard	Die GmbH als Konzernunternehmen, GmbH-Reform, Band 1, S. 127 ff, Bad Homburg v.d.H. Berlin Zürich 1970
Rehbinder, Manfred	Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht, Bad Homburg v.d.H. Berlin Zürich 1969
Reich, Norbert	Eigentumsgarantie, paritätische Mitbestimmung und Gesellschaftsrecht, AuR 75, S. 257 ff
ders.	Buchbesprechung zu Marcus Lutter, Mitbestimmung im Konzern, 1975, ZRP 76, S.22 ff
Reich/Lewerenz	Das neue Mitbestimmungsgesetz, AuR 76, S. 261 ff
Reinhardt, Rudolf	Gesellschaftsrecht, Tübingen 1973
Rittner, Fritz	Die Funktion des Eigentums im modernen Gesellschaftsrecht-Gestaltungsformen und Probleme-,Marburger Gespräch über Eigentum

	- Gesellschaftsrecht - Mitbestimmung, S. 50 ff, Marburg 1967
Rüthers, Bernd	Parität oder Dominanz ?, FAZ vom 9.10. 1975, S. 13
Schilling, Wolfgang	Wirtschaftliche Mitbestimmung im Meinungsstreit, ZHR 128 (1966), S. 217 ff
Schmidt, Walter	Die Verfassung der Aktiengesellschaft in Beiträge zur Aktienrechtsreform, hrsg. von Hans Hengeler, S. 42 ff, Heidelberg 1959
Scholz, Rupert	Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz Berlin 1974
Schulze, Joachim	Einheitliche Leitung von Konzernunternehmen durch mehrere Obergesellschaften und ihre Bedeutung für die Konzernrechnungslegung nach dem Aktiengesetz, Wpg 68, S. 85 ff
Schwerdtfeger, Gunter	Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz, Frankfurt 1972
ders.	Mitbestimmung in privaten Unternehmen, Berlin New York 1973
Seidel, Heinz	Willensbildungs-und Entscheidungsstruktur in mitbestimmten Montanunternehmen in Mitbestimmung und Wirtschaftspolitik, hrsg. von Kurt Nemitz und Richard Becker, S. 233 ff, Köln 1967
ders.	Der soziale Konflikt- Ursachen, Probleme, Regelung, Das MitbGespräch 70, S. 159 ff
ders.	Die Notwendigkeit außerbetrieblicher Arbeitnehmervertreter im mitbestimmten Aufsichtsrat, Das MitbGespräch 73, S. 176 ff
Spieker, Wolfgang	Der Aufsichtsrat der mitbestimmten Montan-GmbH, Köln 1960
Strauß, Walter	Grundsätzliche Bemerkungen zur Diskussion, Marburger Aussprache zur Aktienrechtsreform, S. 82 ff, Marburg 1959

Strobel, Wilhelm	Organschaft und Mitbestimmung, BB 74, S. 1 ff
Studienkommission des deutschen Juristentages	Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts- Bericht der Studienkommission des deutschen Juristentages, Tübingen 1967
dies.	Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts, Teil I, Tübingen 1955
Sudhoff, Heinrich	Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, München 1969
Thomssen, Wilke	Wirtschaftliche Mitbestimmung und sozialer Konflikt, Neuwied 1970
Voigt/Weddigen	Zur Theorie und Praxis der Mitbestimmung, Erster Band, hrsg. von Walter Weddigen, Berlin 1962
von Nell-Breuning, Oswald	Unternehmensverfassung, Festgabe für Heinrich Kronstein, S. 47 ff, Karlsruhe 1967
ders.	Rechtsformzwang für Großunternehmen ?, Festgabe für Otto Kunze, S. 143 ff, Berlin 1969
von Stosch, Caspar	Sondervertretung für leitende Angestellte Ein Schlüsselproblem der Mitbestimmungsauseinandersetzung, Das MitbGespräch 73, S. 178 ff

Vorschläge zur Verbesserung des Entwurfs eines Mitbestimmungsgesetzes von Herta Däubler-Gmelin (MdB), Wolfgang Däubler; angenommen im sog. Leverkusener Kreis der SPD, in Mayer/Reich (Hrsg.), Mitbestimmung contra Grundgesetz ? Argumente und Materialien zu einer überfälligen Reform, Darmstadt und Neuwied 1975, S. 175 ff

Walther, Gottfried	Erfahrungen mit dem Konzernrecht, ZGR 74, S. 208 ff
Werth, Heinz-Jürgen	Vorstand und Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft , Düsseldorf 1960
Wessing/Hölters	Gemeinschaftsunternehmen und paritätische Mitbestimmung, DB 77, S. 864 ff
Westermann, Harm Peter	Unternehmensverfassung und Gesellschafts-

	recht, Festschrift für Harry Westermann, S. 563 ff, Karlsruhe 1974
Wiedemann, Herbert	Unternehmensrecht und GmbH-Reform, JZ 70, S. 593 ff
ders.	Unternehmerische Verantwortlichkeit und formale Unternehmensziele in einer zukünftigen Unternehmensverfassung, Festschrift für Carl Hans Barz, S. 561 ff, Berlin New York 1974
Wiethölter, Rudolf	Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht, Karlsruhe 1961
Willgerodt, Hans	Demokratisierung der Wirtschaft und die Freiheit des einzelnen in Mitbestimmung-Ordnungselement oder politischer Kompromiß, hrsg. von Franz Böhm und Goetz Briefs, S. 9 ff, 2. Auflage, Stuttgart 1971
Würdinger, Hans	Die GmbH als verbundenes Unternehmen im Konzern in Probleme der GmbH-Reform - Zugleich Bericht über die Arbeitstagung "GmbH-Reform" in Bonn vom 29.9. bis 1.10.1969, S. 122 ff, Köln 1970
Zachert, Ulrich	Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, Das MitbGespräch 74, S. 155 ff, 175 ff, 207 ff und 235 ff
Zeitel, Gerhard	Die Mitbestimmung - Auswirkungen auf Wettbewerb und Wirtschaftswachstum in Verbindung mit dem unternehmerischen Ent scheidungsprozeß in Mitarbeiten-Mitverantworten-Mitbestimmen, S. 52 ff, Köln und Opladen 1966
Zöllner, Wolfgang	Einführung in das Konzernrecht, JuS 68, S. 297 ff
ders.	Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München und Berlin 1963

Die in der Arbeit verwandten Abkürzungen richten sich nach H. Kirchner Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Auflage, Berlin 1968.

Einleitung: Aufgabe und Gang vorliegender Untersuchung

Das geltende Konzernrecht als Teilbereich des Rechts der verbundenen Unternehmen [1], das bislang nur im Aktiengesetz von 1965 eine gesetzliche Regelung in den §§ 291 - 327 AktG [2] erfahren hat, ist schon für sich genommen eine komplizierte Materie, der aber im Wirtschaftsleben eine überaus bedeutende Rolle zukommt. Gerade wegen der Relevanz der Vorschriften über verbundene Unternehmen [3] in der Unternehmenspraxis soll im Vordergrund der Untersuchung die Frage stehen, inwieweit sich die paritätische Unternehmensmitbestimmung und das Konzernrecht miteinander vertragen. Dabei soll geklärt werden, ob die paritätische Mitbestimmung bzw. deren mögliche Auswirkungen in der Praxis im Widerspruch zu den bisherigen Konzernregelungsmechanismen stehen, der Konzern und das Konzernrecht somit grundlegenden Veränderungen unterworfen sind. Daß der Schwerpunkt auf die paritätische Mitbestimmung gelegt wird, erklärt sich daraus, daß nur sie ernsthafte Konflikte mit dem geltenden Konzernrecht erwarten läßt.
Im Ausgangsstadium der Untersuchung werden die Auswirkungen der bestehenden Mitbestimmungsformen auf die konzerneinheitliche Leitung zugrundegelegt. Zugleich wird gewürdigt, inwiefern die paritätische Mitbestimmung im Konzern größere Leitungsschwierigkeiten als die bestehenden Mitbestimmungsformen mit sich bringt.

Wie jedes Vorhaben, das Auswirkungen auf wirtschaftliche Zusammenhänge hat oder haben kann, darf sich auch ein (paritätisches) Mitbestimmungsmodell gegenüber jahrelang praktizierten unternehmenswirtschaftlichen Grundsätzen und Spielregeln nicht gänzlich verschlossen zeigen [4]. Ob diese allerdings aufrecht erhalten werden sollen oder ein (paritätisches) Mitbe-

---

1 Verbundene Unternehmen müssen nicht immer einen Konzern bilden, so daß der Begriff der verbundenen Unternehmen der Oberbegriff ist, Emmerich/Sonnenschein, S. 19

2 In diesen Vorschriften ist das eigentliche Konzernrecht geregelt; zu einem GmbH-Konzernrecht vgl. RegE GmbH-Gesetz, BT-Drucksache VI/3088, §§ 230-266

3 Es sind dies insbesondere die §§ 15-19 und 291 ff AktG

4 Dazu Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 4;
Bayer, DB 75, S. 1170

stimmungsmodell zum Anlaß genommen wird, unerwünschten Konzernpraktiken teilweise zu begegnen, steht weitgehend im Ermessen des Gesetzgebers [1].

Man sollte aber nicht voreilig einen Vorrang des Konzernrechts vor der Mitbestimmung behaupten, wozu man geneigt sein könnte, wenn man die (paritätische) Mitbestimmung im Gesellschaftsrechts- und Konzernrechtssystem als Fremdkörper ansieht. Vielmehr ist im Rahmen des rechtlich Möglichen für einen vernünftigen und sachgerechten Ausgleich zwischen dem Mitbestimmungsanspruch der Arbeitnehmer und den Konzernfunktionen zu sorgen, selbst wenn dies nur durch Änderung bisher geltender gesetzlicher Vorschriften möglich sein sollte. Zwischen (paritätischer) Mitbestimmung und Konzernrecht muß nach Möglichkeit eine Wechselwirkung hergestellt werden, indem deren wesentliche Funktionen einander so zugeordnet werden, daß sie ihre jeweilige Zielsetzung so weitgehend wie möglich verwirklichen können [2]. Konzernrechtliche Mitbestimmungsprobleme stellen sich vor allem in dem der (paritätischen) Mitbestimmung unterliegenden unverbundenen Unternehmen. Deshalb liegt hier der Ausgangspunkt der Betrachtungen. Die Untersuchung erstreckt sich nicht nur auf Konzerne, die dem Aktiengesetz unterfallen, sondern sowohl auf solche, die gesetzlich noch nicht kodifiziert sind [3], deren Existenz und rechtliche Zulässigkeit aber nicht in Frage steht, als auch auf solche, an denen nicht nur Agen beteiligt sind.

Da es vornehmlich um die paritätische Mitbestimmung geht, sind die folgenden Erörterungen vielfach hypothetischer Natur. Das läßt sich aber nicht vermeiden, weil bisher noch keine Erfahrungen mit der Neuverteilung der Machtverhältnisse in allen großen Kapitalgesellschaften und Konzernen gemacht worden sind. Um zu einigermaßen wirklichkeitsnahen

---

1 Siehe Hesse, Verfassungsrecht, S. 229/230

2 Zu dem ähnlichen Problem der Wechselwirkung zwischen Grundrecht und einschränkendem Gesetz, Hesse, S. 135

3 Namentlich der GmbH-Konzerne

Ergebnissen zu kommen, ist es angebracht, auf Erfahrenswerte zurückzugreifen, die in der Montanindustrie und teilweise auch mit der Mitbestimmung nach dem BetrVG [1] gemacht werden sind.

Paritätische Mitbestimmung in allen Großunternehmen und Konzernen wird voraussichtlich in absehbarer Zeit nicht verwirklicht werden. Aber als Denkanstoß für eine zukünftige paritätische Mitbestimmung oder für die Entwicklung eines neuen Unternehmensrechts mögen die nachstehenden Erörterungen dienen.

Nicht beabsichtigt ist dagegen eine kritische Auseinandersetzung mit Argumenten, die grundsätzlich für oder gegen paritätische Mitbestimmung als Grundmodell vorausgesetzt und in diesem Sinne auf ihre Effektivität im Konzern überprüft werden.

Im Hinblick auf die paritätische Mitbestimmung werden solche Gesetze oder Gesetz-Entwürfe untersucht, die die paritätische Mitbestimmung für alle Großunternehmen und Konzerne verwirklicht oder weitgehend verwirklicht haben und maßgeblicher Diskussionsgegenstand sind oder waren. Dabei bezieht sich die Untersuchung insbesondere auf die AG im Konzern, weil nur bei ihr zwischen den Organen eine gesetzlich festgelegte Kompetenzabgrenzung vorzufinden sist und ihr in der Konzernrechtspraxis eine besonders wichtige Rolle zufällt.

---

1 Siehe §§ 76 ff BetrVG 52 im Anhang zu § 129 BetrVG 72

2 Dazu statt vieler Scholz, Paritätische Mitbestimmung und Grundgesetz; Raiser, Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung; Pernthaler, Qualifizierte Mitbestimmung und Verfassungsrecht; Zusammenfassung zur Sachverständigenanhörung zum RegE MitbG 74 in Frankfurter Rundschau vom 15.2.1975, S. 11 und Jahresbericht 1975 der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, S. 143 ff

1. Teil: Vorbemerkungen grundsätzlicher Art

A) Begriff und Entwicklung der (paritätischen) Mitbestimmung

I) Entwicklung und Stand der derzeitigen Diskussion

Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer als Gegenstand der Diskussion ist eng verbunden mit sozialen, wirtschaftlichen und politischen Veränderungen der Umwelt. Seit Einsetzen des Industriealisierungsprozesses ist die Mitbestimmungsfrage deshalb immer wieder in unterschiedlicher Intensität erörtert und heute zu einem zentralen innenpolitischen Thema [1] geworden, weil sich die meisten der im Arbeitsprozeß stehenden Menschen in einer abhängigen Stellung befinden [2].

Am 21.5.1951 schuf das Montan-Mitbestimmungsgesetz und in Ergänzung dazu das Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz vom 7.8.1956 eine gleichberechtigte und -gewichtige unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und der Gewerkschaften im Aufsichtsrat der Gesellschaften der eisen-, stahl- und kohleerzeugenden Industrie [3].
Seitdem haben die Gewerkschaften ständig eine Ausweitung der paritätischen Unternehmensmitbestimmung auf sämtliche Großunternehmen und Konzerne gefordert [4]. Die gewerkschaftlichen

---

1 Siehe die Broschüre Mitbestimmung- Eine Forderung unserer Zeit 71, hrsg. vom DGB

2 Huffschmid, Politik des Kapitals, S. 12/13: etwa 8o %

3 Zumindest von der gesetzlichen Konzeption her ist die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat verwirklicht, solange das "neutrale" Mitglied wirklich seiner Neutralitätsfunktion gerecht wird. Nun weiß allerdings Voigt in Voigt/Weddigen, Theorie und Praxis der Mitbestimmung, S. 31o Fußn. 54 zu berichtigen: "In etwa der Hälfte der Unternehmen, die dem Mitbestimmungsgesetz von 1951 oder der Holding-Novelle unterliegen, wurde der "neutrale" Mann von der Arbeitnehmerseite, in der anderen Hälfte von der Anteilseignerseite gestellt. Die Gruppe, der nicht das neutrale Mitglied zugeordnet war, konnte in der Regel über die Position des Aufsichtsratsvorsitzenden verfügen". In einem solchen Fall kann man nur noch schwerlich von einer Parität im Aufsichtsrat reden, siehe auch Blume in Potthoff/Blume/Duvernell, S. 55 ff, 71

4 Kennzeichnend dafür ist die Herausgabe der gewerkschaftlichen Zeitschrift "Das Mitbestimmungsgespräch" (Mitb Gespräch), die seit 1955 erscheint

Vorstellungen spiegeln sich in verschiedenen Gesetzesentwürfen wieder [1].
Im Jahre 1968 wurde unter der Regierung Kiesinger eine Kommission zur Auswertung der bisherigen Erfahrungen mit der Mitbestimmung eingesetzt, die 1970 ihren Bericht mit einem im Ergebnis unter der Parität liegenden Mitbestimmungsvorschlag vorlegte [2].
Die Bundesregierung beschloß am 20.2.1974 den Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer [3], der zwar nicht in allen Einzelheiten dem Montan-Mitbestimmungsmodell entspricht, aber von einer paritätischen Besetzung des Aufsichtsrats ausgeht [4]. Insbesondere wegen der verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine paritätische Unternehmensmitbestimmung einigten sich die Koalitionsparteien SPD und FDP im Dezember 1975 [5] auf ein Aufsichtsratsmodell, das nicht als ein paritätisches, sondern nur als ein erweitertes bezeichnet werden kann [6].
Mit diesem neuen Mitbestimmungsgesetz hat die lang andauernde Debatte über die paritätische Mitbestimmung ihren Höhepunkt und ihr vorläufiges Ende erreicht.
Doch die Gewerkschaften werden langfristig gesehen weiterhin nach einem paritätischen Mitbestimmungsgesetz streben [7].

---

1 Entwurf eines Mitbestimmungsgesetzes des DGB von 1968, abgedruc kt in Das MitbGespräch 73, S. 207 ff und DAG, Entwurf eines Gesetzes über die paritätische Mitbestimmung in Unternehmen und Konzernen von 1973

2 BT-Drucksache VI/334 (Mitbestimmungskommission)

3 BR-Drucksache 200/74 (RegE MitbG 74)

4 §§ 7 und 28 RegE MitbG 74, a.a.O.

5 Siehe FAZ vom 5.12.1975; S. 1 und 2; verkündet im BGBl. am 8. Mai 1976, S. 1153 (MitbG 76)

6 Wegen §§ 29 Abs. 2 und 31 Abs. 4 MitbG 76 (Zweitstimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden)

7 Stellungnahme des 10. Ordentlichen DGB-Bundeskongresses, Die Quelle 75, S. 295; Stellungnahme des DAG, Mitbestimmung: Ein Fortschritt, Der Angestellte vom 3.2.1976, S. 13; siehe auch Dieter Piel, Die Zeit vom 5.12.1975, S. 20

II) Begriff

Den umfassenden Begriff der Mitbestimmung untergliedert man herkömmlicherweise in die betriebliche sowie die unternehmerische oder wirtschaftliche Mitbestimmung.
Hier soll nur die Mitbestimmung auf Unternehmensebene (auch als wirtschaftliche Mitbestimmung bezeichnet) behandelt werden. Die unternehmerische Mitbestimmung geht, was die unternehmerische Entscheidungsvielfalt anbelangt, in Umfang und Relevanz weit über den einzelnen Betrieb hinaus [1]. Dem Begriff der paritätischen oder auch qualifizierten [2] Mitbestimmung liegt die gleichgewichtige und gleichberechtigte Teilhabe an der Planungs- und Entscheidungsmacht im Unternehmen von Kapital und Arbeit zugrunde [3]. Die Prämisse der Gleichgewichtigkeit und -berechtigung von Kapital und Arbeit in allen Großunternehmen und Konzernen beinhaltet, daß die Arbeitnehmer und Kapitalgeber den gleichen Einfluß auf die Willensbildung und -ausführung der vertretungsberechtigten Organe haben [4], soweit dies die Kompetenzen des Aufsichtsrats als mitbestimmtes Organ zulassen.
Die in diesem Sinn verstandene paritätische Mitbestimmung setzt demzufolge sowohl voraus, daß eine zahlenmäßig gleiche Aufteilung der Aufsichtsratssitze zwischen Kapital- und Arbeitnehmervertretern vorgenommen wird, als auch, was noch wichtiger ist, daß keine dieser beiden Gruppen oder eines ihrer Mitglieder über ein ausschlaggebendes Stimmrecht verfügt.

---

1 Einen Anhaltspunkt, welche Maßnahmen unter die wirtschaftliche oder unternehmerische Mitbestimmung fallen, gibt § 1o6 Abs. 3 BetrVG; allerdings handelt es sich hier nur um einen punktuellen Ausschnitt aus einem viel weiter gehenden unternehmerischen Entscheidungskatalog

2 "Qualifiziert" im Vergleich zur BetrVG-Mitbestimmung

3 RegE MitbG 74, a.a.O., S. 16; Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 1o1/1o2 unter 11. ff; sehr eindrucksvolle Begründung gibt der sog. Sechserbericht (Boettcher, Hax, Kunze, von Nell-Breuning, Ortlieb, Preller), S. 126

4 Das trifft zumindest für die AG zu; bei anderen Gesellschaftsformen ist dieser inhaltliche Kern schon wegen der andersartigen Kompetenzverteilung zwischen den einzelnen Organen zweifelhaft

Wenn von paritätischer Mitbestimmung die Rede ist, so ist damit notwendigerweise noch nichts darüber ausgesagt, in welchem Gesellschaftsorgan oder in welchen Gesellschaftsorganen sie angesiedelt werden muß. Die weitaus meisten Modellvorschläge[1], paritätischer oder unterhalb der Parität liegender Art, setzen die Beteiligung der Arbeitnehmer an unternehmerischen Entscheidungen allein beim Aufsichtsrat an und klammern die Mitbestimmung in den Basisorganen[2] der Großunternehmen und Konzerne aus[3]. Abgesehen davon, daß das Gesellschaftsrecht für die verschiedenen Gesellschaftsarten ohnehin unterschiedliche Organkompetenzen kennt, bleiben den Kapitalgebern in den Basisorganen weiterhin größere Einflußmöglichkeiten als den Arbeitnehmern[4].

Nimmt man die AG als Prototyp für die paritätische Unternehmensmitbestimmung, so geben die meisten Rechte der Hauptversammlung als Basisorgan zwar keine unmittelbare Einflußmöglichkeit auf die unternehmerische Planungs- und Entscheidungsgewalt (die Ausnahmen bilden die §§ 111 Abs. 4 Satz 3 und 119 Abs. 2 AktG, wenn der geschäftsführende Vorstand von seiner Befugnis Gebrauch macht, die Hauptversammlung anzurufen). Sie sind der Geschäftsführung aber in der Weise vorgelagert, daß sie die Grenzen unternehmerischer Entscheidungen abstecken. Daraus folgt, daß unternehmerische Willensbildung, wenn auch in abgestufter Weise, in sämtlichen Unternehmensorganen stattfindet.

Wenn man der AG-Hauptversammlung trotz paritätischer Mitbestimmung im Aufsichtsrat ihre bisherigen Rechte beläßt, kann streng genommen von einer paritätischen Mitbestimmung im Sinne einer vollen gleichberechtigten Anerkennung der Interessen von Kapitalgerbern und Arbeitnehmern so lange nicht die

---

1 Zusammenstellung der verschiedenen Modelle bei Schwerdtfeger, Mitbestimmung an privaten Unternehmen, S. 9o - 2o5

2 Gemeint sind damit die Hauptversammlung in der AG, die Gesellschafterversammlung in der GmbH, etc.

3. Vgl. auch das angelsächsische Boardsystem, bei dem Vorstand und Aufsichtsrat in einem Gremium zusammengefaßt sind

4 Zu den Rechten der Hauptversammlung in der AG Godin/Wilhelmi, § 119 Anm. 2 und 3

Rede sein, wie die Arbeitnehmer von der Willensbildung in der Hauptversammlung ausgeschlossen sind[1].

Eine paritätische Unternehmensmitbestimmung dieses Inhalts läßt sich indes nur dann verwirklichen, wenn ein völlig neues Unternehmensrecht für Unternehmen ab einer bestimmten Größenordnung geschaffen wird[2]. Die Absicht der derzeitigen Mitbestimmungsmodelle ist es, die Mitbestimmungsfrage in Fortführung der bisherigen Rechtslage in erster Linie im Aufsichtsrat der Kapitalgesellschaften anzusiedeln und das geltende Gesellschaftsrechtssystem ansonsten weitgehend beizubehalten[3]. Damit soll nicht ausgeschlossen werden, daß insbesondere die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat punktuelle Veränderungen in der Kompetenzverteilung zwischen den einzelnen Gesellschaftsorganen erforderlich macht und neu überdacht werden muß.

Mit dieser Einschränkung und der Absicht, einem neuen Unternehmensrecht[4] nicht vorgreifen zu wollen, soll der Begriff der paritätischen Mitbestimmung inhaltlich dem zu bearbeitenden Thema zugrundeliegen.

---

1 Siehe Rittner, Marburger Gespräch 67, S. 50 ff, 65/66; Ballerstedt, Zur großen Aktienrechtsreform, S. 33 ff, 43; von Nell-Breuning, Festgabe Kronstein 67, S. 47 ff, 64; Schilling, ZHR 128 (1966), S. 217 ff, 237; Ballerstedt, a.a.O., und der Sechserbericht, S. 82 und 129/130 gehen von einer Klassifizierung der Unternehmensgrößen aus und wollen eine Unternehmensversammlung, bestehend aus einer gleichen Anzahl von Kapitalgebern und Arbeitnehmern, sowie einer Minderheitsbeteiligung von Vertretern der Allgemeinheit als oberstes Unternehmensorgan nur bei einer Belegschaftsstärke von 20.000 Arbeitnehmern fungieren lassen

2 Ob eine solche Reform über die bestehenden Gesellschaftsformen führen soll oder davon unabhängig, ist strittig; siehe Kunze, Festschrift Geßler 71, S. 53 und Schilling, a.a.O., S. 235/236

3 So die Begr. RegE MitbG 74, S. 16, a.a.O.; siehe auch DGB, Entwurf eines Gesetzes über die Mitbestimmung von 1968 in Das MitbGespräch 73, S. 207 ff

4 Wie dies im einzelnen aussehen soll, ist derzeit noch völlig unklar, so daß diesbezügliche Ausführungen sich in einem nahezu rechtsfreien Raum bewegen würden; siehe immerhin den Entwurf eines Gesetzes über die Unternehmensverfassung in Großunternehmen und Konzernen der SPD-Fraktion, BT-Drucksache V/3657 und das CDU-Unternehmens-Modell (Sozialausschüsse) in Der Spiegel vom 15.10.1973, S. 38

B) Konzernarten[1]

I) Einteilung nach der Zusammenfassung bestimmter Wirtschaftszweige

Wenn man nach dem Kriterium differenziert, in welchen Wirtschaftsbranchen sich die in dem Konzern zusammengeschlossenen Unternehmen betätigen, kann von Horizontal-, Vertikal- und Diagonalkonzernen gesprochen werden.

Unter einem Horizontalkonzern wird der Zusammenschluß von Unternehmen verstanden, die sich auf gleichem Wirtschaftssektor orientieren und in etwa über die gleiche Produktpalette verfügen[2].
Wegen der gleichgerichteten wirtschaftlichen Betätigung ist die Neigung zu einer zentralistischen Konzernführung gegeben[3]. Gerade diese Zentralisierungstendenz ist für die (paritätische) Mitbestimmung im Konzern zu berücksichtigen.

Der Vertikalkonzern umfaßt den Zusammenschluß von Unternehmen unterschiedlicher Wirtschaftszweige mit aufeinanderfolgenden Produktions- und Handelsstufen[4]. Ein Vertikalkonzern soll die Rohstoffversorgung oder den Absatz der Hauptgesellschaft bei etwaigen Störungen gewährleisten[5]. Dezentralisierungsbestrebungen sind im Vertikalkonzern häufiger als im Horizontalkonzern anzutreffen, was für die Konzernmitbestimmungsfrage zu beachten ist.

Unter einem Diagonal- oder auch Mischkonzern versteht man einen Konzern, in dem die Unternehmen in völlig verschiedenen Branchen tätig und nicht durch aufeinanderfolgende Produktions- und Handelsstufen gekennzeichnet sind[6]. Ein solcher Unternehmenszusammenschluß erfordert deshalb meist eine weitgehende Dezentralisierung.

---

1 Nur die für die Untersuchung interessanten; umfassend Arbeitskreis Krähe, Konzernorganisation, S. 22 ff

2 Arbeitskreis Krähe, S. 22

3 Arbeitskreis Krähe, S. 47

4 Arbeitskreis Krähe, S. 23

5 Arbeitskreis Krähe, S. 24; Hintner, Konzern, Beitrag zum Handwörterbuch der Betriebswirtschaft unter V

6 Huffschmid, S. 60; zB der Oetker-Konzern

II) Die aktienrechtliche Einteilung nach § 18 AktG

§ 18 unterscheidet zwischen dem Unterordnungs- und Gleichordnungskonzern. Beim Unterordnungskonzern iS vom § 18 Abs. 1 AktG ist ein oder sind mehrere Unternehmen von einem anderen iS vom § 17 Abs. 1 oder Abs. 2 AktG abhängig. Dabei ist gleichgültig, ob diese Abhängigkeit auf vertraglicher oder faktischer Grundlage beruht.

Kennzeichen des Gleichordnungskonzerns iS vom § 18 Abs. 2 AktG ist, daß die Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind, ohne voneinander abhängig zu sein. Die Mittel der einheitlichen Leitung von Gleichordnungskonzernen sind in erster Linie personelle Verflechtungen und/oder die vertragliche Errichtung von Gemeinschaftsorganen[1].
Der Gleichordnungskonzern spielt in der Praxis eine weitaus geringere Rolle als der Unterordnungskonzern. Konzernmitbestimmungsrechtlich gesehen ist der Unterordnungskonzern wegen der Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens, die letztlich auch auf die Arbeitnehmer in abhängigen Unternehmen ausstrahlt, viel brisanter[2].

III) Einteilung nach §§ 291 - 327 AktG

Herkömmlicherweise unterscheidet man innerhalb dieser Vorschriften zwischen dem Eingliederungs-, Vertragskonzern und dem sogenannten faktischen Konzern.

Die stärkste konzernrechtliche Verbindung zwischen Unternehmen ist dabei der Eingliederungskonzern (§§ 319-327 AktG).

Das Gesetz differenziert zwischen der Eingliederung nach § 319 Abs. 1 Satz 1 und § 320 Abs. 1 Satz 1 AktG.
An beiden Eingliederungsverfahren können nur inländische Aktiengesellschaften beteiligt sein. Die Eingliederung erfolgt durch Beschluß der Hauptversammlungen der einzugliederden Gesellschaft und der zukünftigen Hauptgesellschaft.

---

1 Würdinger, Großkomm. AktG, § 18 Anm. 13

2 So finden denn auch §§ 5 RegE MitbG 74 und MitbG 76 keine Anwendung auf den Gleichordnungskonzern

§ 323 Abs. 1 Satz 1 AktG verleiht der Hauptgesellschaft das Recht, der ansonsten rechtlich selbständig bleibenden eingegliederten Gesellschaft Weisungen im Hinblick auf ihre Geschäftsführung zu erteilen, wobei das Weisungsrecht über den Umfang des § 3o8 Abs. 1 AktG hinausgeht[1].

Der Vertragskonzern, für den insbesondere die Regelungen der §§ 291-31o AktG gelten, kommt nicht durch Beschluß, sondern durch Abschluß eines Beherrschungsvertrages iS von § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG zustande, dem gemäß § 293 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 AktG die Hauptversammlungen der abhängigen und herrschenden Gesellschaft mit qualifizierter Mehrheit zustimmen müssen. § 3o8 Abs. 1 AktG legt das Weisungsrecht gegenüber dem abhängigen Unternehmen fest. Nach bisherigem Recht legalisierte der Beherrschungsvertrag meist eine schon aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung[2] bestehende Herrschaft. Inwieweit das auch noch nach Einführung der paritätischen Mitbestimmung gilt, mag einstweilen noch dahinstehen. Sowohl für die Eingliederung als auch für den Beherrschungsvertrag stellt § 18 Abs. 1 Satz 2 AktG die unwiderlegliche Vermutung auf, daß die Unternehmen unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind.

Besteht weder ein Beherrschungsvertrag noch ein Eingliederungsbeschluß, befindet sich aber ein abhängiges Unternehmen unter der einheitlichen Leitung eines herrschenden Unternehmens, spricht man von einem sogenannten faktischen Konzern, auf den die Regeln der §§ 311-318 AktG Anwendung finden. Die §§ 311 ff AktG sind als Kernstück des faktischen Konzerns bezeichnet worden[3]. Ein Weisungsrecht entsprechend § 3o8 AktG steht der Konzernspitze nicht zu. In der überwiegenden Zahl aller Fälle ist der stimmen- und/oder der aktienmehrheitliche Anteilsbesitz des herrschenden Unternehmens das Beherrschungsmittel[4]. Das mehrheitlich beteiligte Unternehmen ist

---

1 Begr. RegE zu § 323 bei Kropff, S. 427

2 Emmerich/Sonnenschein, S. 68

3 Begr. RegE zu § 311 bei Kropff, S. 4o7

4 Emmerich/Sonnenschein, S. 29

dadurch in der Lage, sowohl die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens als auch einen konzerngetreuen Tochtervorstand zu wählen. Die Personalhoheit im mehrheitlich beteiligten Unternehmen ist das ausschlaggebende Kriterium für die Möglichkeit faktischer Beherrschung. Ob dies auch noch bei paritätischer Mitbestimmung der Fall sein wird, ist fraglich[1].
§ 17 Abs. 2 AktG stellt eine widerlegbare Abhängigkeitsvermutung und § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG eine widerlegbare Konzernvermutungsregelung auf. Inwiefern diese Vermutungsregeln bei paritätischer Mitbestimmung weitergelten, ist zweifelhaft[2].

C) Die wesentlichen Merkmale eines Konzerns

I) Die Abhängigkeit

Nach § 17 Abs. 1 AktG sind abhängige Unternehmen rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann. Das Gesetz sagt nicht, was konkret darunter zu verstehen ist. Die Abhängigkeit eines Unternehmens ist dann gegeben, wenn die geschäftsführenden Organe einer Gesellschaft in ihrer Willensbildung und -ausführung nicht mehr frei sind. Sie müssen in ihren unternehmerischen Entscheidungen einem dermaßen starken Einfluß eines fremden Unternehmens unterworfen sein, daß sie sich den Fremdinteressen mehr oder weniger nicht entziehen können und unterordnen müssen[3] [4].

---

1 Siehe S. 42 ff, 61 ff, 135 ff, 142 ff

2 Siehe S. 99, 117 ff, 140

3 In diesem Sinne RGZ 167, S. 40 ff, 49 ff; Godin/Wilhelmi, § 17 Anm. 2; Praktische Probleme im neuen Aktienrecht, S. 113; Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 17 Rdnr. 7

4 Zu den weiteren gesetzlichen Folgewirkungen der Abhängigkeit Würdinger in Großkomm. AktG, § 17 Anm. 12

Dabei genügt es für den Begriff der Abhängigkeit, wenn nur die Einflußmöglichkeit besteht; auf die tatsächliche Ausübung des Einflusses kommt es nicht an[1].
Es ist nicht bis in alle Einzelheiten geklärt, welche Anforderungen an die Beherrschungsmittel zu stellen sind, um eine Abhängigkeit von aktienrechtlicher Relevanz zu begründen. § 17 AktG hat bewußt darauf verzichtet, einen abschließenden Katalog der Beherrschungsmittel aufzustellen, weil ein solches Vorhaben praktisch unmöglich wäre[2]. Daraus kann gefolgert werden, daß es eine Vielzahl von alleinigen oder kombinierten Beherrschungsmitteln gibt und der Begriff der Abhängigkeit einer extensiven Auslegung fähig ist[3].
Als Mittel der Willensbeeinflussung kommen namentlich der Beherrschungsvertrag und der stimmen- und/oder aktienmehrheitliche Anteilsbesitz[4] als bisher typischstes Beherrschungsinstrument in Betracht. Daß auch der Gesetzgeber die Mehrheitsbeteiligung als eines der wichtigsten Mittel der Willensbeeinflussung angesehen hat, folgt aus § 17 Abs. 2 AktG. Hier begründet die Mehrheitsbeteiligung eine (widerlegbare[5]) Abhängigkeitsvermutung.
Inwieweit tatsächliche Verhältnisse einen aktienrechtlich erheblichen Abhängigkeitstatbestand schaffen können, ist mangels einer empirischen Untersuchung noch weitgehend offen[6].

---

1 Begr. RegE zu § 17 bei Kropff, S. 31

2 Begr. RegE a.a.O.

3 Für eine solche Auslegung auch Emmerich/Sonnenschein, S. 30

4 Oft reicht schon eine sogenannte Hauptversammlungsmehrheit aus; einmal ist für Beschlüsse der Hauptversammlung nur das vertretene Grundkapital maßgebend, zum anderen sind gerade in Publikumsgesellschaften im Durchschnitt nur 70-80 % des Grundkapitals vertreten, oft noch weniger; Konzentrationsenquete, BT-Drucksache IV/2320, S. 63 unter 9.1.1.

5 Für unwiderlegbare Vermutung DJT-Konzernrecht 67, Rdnr. 333

6 Dazu Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 17 Rdnrn. 8 ff; Prühs, DB 72, S. 2001 ff; Begr. RegE zu § 17 bei Kropff, S. 31: "Rein tatsächliche Verhältnisse (dazu) werden allerdings nur selten ausreichen, weil sie in aller Regel nicht gestatten, sich das abhängige Unternehmen ohne Rücksicht auf zufällige Entwicklungen und auf die nicht sichere Mitwirkung Dritter zu unterwerfen."; siehe auch Arbeitskreis Krähe, S. 11/12 und dem gegenüber Prühs, a.a.O., S. 2005

II) Die einheitliche Leitung

Einheitliche Leitung setzt im Gegensatz zur Abhängigkeit eine tatsächliche Einflußnahme des herrschenden Unternehmens in dem oder den abhängigen Unternehmen voraus.
Nur im Fall des § 18 Abs. 1 Satz 2 AktG wird von einer unwiderleglichen Vermutung der einheitlichen Leitung ausgegangen. Dies deshalb, weil der Eingliederung und dem Beherrschungsvertrag schon von Natur aus die Intention innewohnt, das abhängige Unternehmen einem fremden Willen zu unterwerfen.

Den Begriff der einheitlichen Leitung hat der Gesetzgeber ebenfalls nicht näher umschrieben. Der Grund dafür liegt darin, daß sich in der Praxis vielfältige Konzernleitungsmöglichkeiten herausgebildet haben[1].
Der Zweck des Konzerns geht in erster Linie dahin, die Vielheit seiner Glieder in einer übergeordneten Einheit zu integrieren[2]. Da der Konzern keine rechtliche Einheit ist[3], obliegt es dem herrschenden Unternehmen, den abhängigen Gesellschaften seinen Willen aufzuzwingen, und sie an einem von ihm festgelegten einheitlichen Ziel zu orientieren. Aufgrund der einheitlichen Leitung im Konzern wird die unternehmerische Entscheidungsgewalt des herrschenden Unternehmens dazu eingesetzt, den Erfolg für das Ganze unter Nichtberücksichtigung von Einzelinteressen der Konzernglieder zu erreichen und zu sichern[4]. Die Konzerngewalt stellt inhaltlich unternehmerisches Planen für abhängige Gesellschaften dar[5].

---

1 Begr. RegE zu § 18 bei Kropff, S. 33; siehe auch Meier, Wpg 66, S. 57o ff, 571

2 L. Raiser, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, N.F. 33 (1964), S. 51 ff, 54 bezeichnet die Polarität zwischen Einheit des Ganzen und Vielheit der Glieder im Konzern als das zentrale Konzernproblem

3 Lutter, Festschrift Westermann 74, S. 347 ff, 349; Bayer, DB 75, S. 1167

4 Emmerich/Sonnenschein, S. 35

5 Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt, S. 3o4

Mittels der einheitlichen Leitung kann der Konzern wie ein konzernfreies Unternehmen geführt werden[1]. Indem sich alle Konzernglieder mit Hilfe eines arbeitsteiligen Prozesses auf ein gemeinsames Ziel konzentrieren, wird der Konzern zu einer neuen wirtschaftlichen, zu einer unternehmerischen Einheit[2].

Was den Umfang der tatsächlichen Einflußnahme des herrschenden Unternehmens anbelangt, um von einer einheitlichen Leitung sprechen zu können, müssen von der Obergesellschaft mindestens solche Leitungsfunktionen ausgeübt werden, die für die Erhaltung der Konzerneinheit notwendig sind.
In der Betriebswirtschaftslehre werden die Aufgaben, die der einheitlichen Leitung dienen, als Führungsaufgaben[3] bezeichnet.
Es ist insbesondere erforderlich, daß die Konzernleitung ganz grundsätzlich die Ziele und Richtlinien festlegt, nach denen sich die Konzernunternehmen in ihren unternehmerischen Verhaltensweisen zu orientieren haben (Geschäfts- oder Konzernpolitik[4]). Nach herkömmlicher Auffassung genügt schon die Koordination der Geschäftspolitik dem Erfordernis der einheitlichen Leitung[5].
Es schließen sich dann aber meist noch weitere Führungsaufgaben an[6].

---

1 Siehe dazu Everling, DB 61, S. 1557 ff, 1558

2 Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 18 Rdnr. 6; E. Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 74; Mestmäcker, a.a.O., S. 303 ff

3 Meier, Wpg 66, S. 570/571; E. Rehbinder, a.a.O., S. 39; Arbeitskreis Krähe, S. 42/43; siehe auch Albach, NB 66, S. 30 ff, 33

4 Arbeitskreis Krähe, S. 31; E. Rehbinder, a.a.O., S. 39/40

5 Begr. RegE zu § 18 bei Kropff, S. 33; Baumbach/Hueck, § 18 Rdnr. 4; E. Rehbinder, a.a.O., S. 39

6 Konzernplanung, Konzernorganisation und Konzernüberwachung

2. Teil: Wege der Mitbestimmung im Konzern und geltende konzernrechtliche Mitbestimmungsregeln

A) Ausgestaltung und Zweck der Mitbestimmung im Konzern

Mitbestimmung ist dem geltenden Konzernrecht keineswegs fremd. Da Konzentrations-[1] und Kooperationsprozesse in der Form der Konzernierung im Wirtschaftsleben teilweise in erheblichem Ausmaß schon vor 1945 einsetzten[2] und auch heute noch fortschreiten[3], mußte der Gesetzgeber den Konzern mitbestimmungsrechtlich berücksichtigen. Die Schwierigkeit, in welcher Form die Mitbestimmung im Konzern angesiedelt werden kann, hängt mit dem Phänomen Konzern zusammen, der einerseits keine rechtliche Einheit ist. Vielmehr behalten die in ihm zusammengefaßten Unternehmen ihre rechtliche Selbständigkeit. Andererseits wird der Konzern als wirtschaftliche Einheit angesehen[4], deren rechtlicher Träger nur das herrschende Unternehmen ist.
In diese Einheit und Vielfalt des Konzerns muß eine Mitbestimmung untergebracht werden, die sowohl nach dem Wesen des Konzerns gerecht wird als auch effektiv ist.
Einmal wäre es denkbar, strikt an die rechtliche Selbständigkeit der Unternehmen im Konzern anzuknüpfen. Das bedeutet, daß Mitbestimmung in jedem Konzern in gleicher Weise erfolgt, jedoch die Arbeitnehmer eines jeden Unternehmens jeweils nur aktiv und passiv für ihr Unternehmen wahlberechtigt sind.

Zum anderen könnte man die abhängigen Unternehmen wie rechtlich unselbständige Betriebsabteilungen behandeln und die Arbeitnehmer im Konzern nur als Arbeitnehmer der Konzernspitze ansehen. Die Mitbestimmung würde sich dann für alle Konzern-

---

1 Unter Unternehmenskonzentration soll mit Emmerich/Sonnenschein, S. 2 der Prozeß verstanden werden, der durch den Zusammenschluß selbständiger Unternehmen zu neuen Wirtschaftseinheiten führt unter gleichzeitiger Verringerung bisher selbständiger Unternehmen auf dem Markt

2 Überblick bei Raisch, Bad. 2, S. 179 ff; Friedländer, S. 3 - 15

3 Merklein, Der Spiegel vom 31.1.1972, S. 3o ff

4 Siehe S. 15 Fußn. 2

arbeitnehmer allein in der Konzernobergesellschaft verwirklichen. Die abhängigen Gesellschaften müßten (wegen der sekundären Bedeutung der rechtlichen Selbständigkeit) entweder gänzlich mitbestimmungsfrei bleiben oder der mitbestimmungsrechtliche Einfluß müßte auf ein Mindestmaß beschränkt werden.
Eine Kombination der beiden geschilderten Wege liegt in einer Verknüpfung von wirtschaftlicher Einheit und rechtlicher Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaften. Die wirtschaftliche Einheit könnte dazu führen, daß sämtliche Konzernarbeitnehmer der Konzernspitze zugerechnet werden und ein aktives und passives Wahlrecht zum Aufsichtsrat der Obergesellschaft haben. Die rechtliche Selbständigkeit der Gliedunternehmen könnte eine Mitbestimmungslösung wie bei unverbundenen Unternehmen bewirken. Welche dieser Lösungsmöglichkeiten einer sachgerechten Zuordnung von Mitbestimmung und Konzern am besten entspricht, wird später erörtert.

I) Geltende konzernrechtliche Mitbestimmungsregelungen

1) Das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)

Das BetrVG von 1972 hat bezüglich der Mitbestimmung im Unternehmensorgan Aufsichtsrat keine neuen Vorstellungen entwickelt, vielmehr die Regelungen des BetrVG von 1952 übernommen[1]. Lediglich im Bereich der betrieblichen Mitwirkung der Konzernarbeitnehmer ist durch Einführung des Konzernbetriebsrates[2] eine Neuerung geschaffen worden.

---

1 Vgl. Anhang zu § 129 BetrVG 72

2 §§ 54 ff BetrVG 72; durch die Verweisung des § 54 Abs. 1 auf § 18 Abs. 1 AktG gelten die Vorschriften über den Konzernbetriebsrat für jede Konzernform bis auf den Gleichordnungskonzern; unrichtig insoweit Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 9; siehe dazu auch Hueck, Festschrift Westermann 74, S. 241 ff, 254/255; §§ 54 ff setzen den Konzern quasi als rechtlich einheitliches Gebilde voraus; zu der sich daraus ergebenden Problematik Biedenkopf, Festschrift Sandres 72, S. 1 ff

Aus konzernmitbestimmungsrechtlicher Sicht hat sich das BetrVG 52 eine Mittellösung[1] zu eigen gemacht. Gemäß § 76 Abs. 4 Satz 1 BetrVG 52 nehmen die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen an der Wahl zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns iS von § 18 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 AktG[2] teil.
§ 76 Abs. 4 Satz 1 BetrVG 52 gilt sowohl für den Vertrags- und Eingliederungskonzern als auch für den faktischen Konzern.
§ 77 a BetrVG 52 stellt einmal eine Arbeitnehmerzurechnungsvorschrift dar, falls die Konzernspitze allein die für die Mitbestimmung im Aufsichtsrat erforderliche Arbeitnehmerzahl nicht erreicht. Zum andern findet diese Vorschrift nur bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages oder einer Eingliederung Anwendung, nicht jedoch für den faktischen Konzern. Das ist eine bei Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat eines faktisch abhängigen Unternehmens wenig verständliche Regelung, die insofern als mißraten angesehen werden muß.[3]
Im übrigen bleibt die mitbestimmungsrechtliche Beteiligung der Arbeitnehmer in den Einzelgesellschaften von den Vorschriften der §§ 76 Abs. 4 Satz 1 und 77 a BetrVG 52 unangetastet. Bemerkenswert an diesen Regelungen und an den §§ 54 ff BetrVG 72 ist, daß der Gesetzgeber die Verlagerung wesentlicher Entscheidungen im unternehmerischen und betrieblichen Bereich von den Konzerngliedern zur Konzernspitze erkannt hat.

---

1 Siehe S. 17

2 Tatsächliche Ausübung der Beherrschung erforderlich; § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG gilt nicht; Dietz/Richardi, Anhang zu § 129 BetrVG 1972, § 76 BetrVG 1952, Rdnr. 184

3 Begründet wird die Ausklammerung des faktischen Konzerns mit dem wenig überzeugenden Argument, wirtschaftliche Einheit bestehe nur im Vertrags- und Eingliederungskonzern, Hueck, RdA 62, S. 396 ff, 398; Nikisch, III. Bd., S. 599

2) Das Montan-Mitbestimmungsgesetz (Montan-MitbG) und das Mitbestimmungsergänzungsgesetz (MitbErgG)

Das Montan-MitbG hat darauf verzichtet, konzernrechtliche Mitbestimmungsregeln aufzustellen. Mitbestimmungsrechtlich gesehen werden die Gesellschaften auch im Konzern nur einzeln betrachtet. Die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen besitzen nach dem Montan-MitbG kein Wahlrecht zum Aufsichtsrat des herrschenden Montanunternehmens. Sie sind in der Montankonzernspitze als Entscheidungszentrum weder direkt noch indirekt beteiligt. Ebenso findet keine Zurechnung der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen zur Obergesellschaft statt, wenn diese die geforderte Arbeitnehmerzahl von 1ooo nicht selbst erreicht. Die wirtschaftliche Einheit des Konzerns ist also im Montan-MitbG zugunsten der rechtlichen Selbständigkeit der Glieder zurückgedrängt.

Konzernrechtliche Mitbestimmungsvorschriften auf paritätischer Ebene enthält erst das MitbErgG von 1956. Der Beteiligung der Arbeitnehmer der Untergesellschaften an der Wahl des Aufsichtsrats der Konzernspitze[1] sind allerdings enge Grenzen gesetzt[2].
Das eigentlich Bemerkenswerte an der Mitbestimmung der Konzernarbeitnehmer im Konzernentscheidungszentrum ist, daß dies nur ein sekundärer Effekt ist. Denn die Absicht des Gesetzgebers bei Schaffung des MitbErgG war eine ganz andere.

Dem MitbErgG lag nicht die Erkenntnis zugrunde, daß die wirtschaftliche Einheit des Montankonzerns die Zurechnung aller Arbeitnehmer zur Konzernspitze und ein Wahlrecht zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens notwendig machte[3]. Das folgt sowohl aus § 2 MitbErgG, nach dem ein dem Montan-MitbG

---

1 Siehe § 6 MitbErgG

2 Siehe §§ 1 - 3 MitbErgG

3 Kötter, § 1 MitbErgG Anm. 4, S. 14; Begr. zu § 1 RegE MitbErgG, BT-Drucksache Nr. 986, 2. Wahlperiode, S. 6; Fitting/Eckardt, ArbR-Blattei III B 1973, 2. Fortsetzungsblatt unter (D) II

unterworfenes Unternehmen als Obergesellschaft den Vorschriften des MitbErgG entzogen ist, als auch aus der Nichtgeltung des MitbErgG für den faktischen Konzern[1]. Auch auf eine entsprechende Arbeitnehmerzahl kommt es nicht an[2]. Es geht nur darum, daß überhaupt paritätische Mitbestimmung in der Muttergesellschaft existiert, wenn diese ein nach dem Montan-MitbG mitbestimmtes Unternehmen beherrscht[3]. Auch die Anwendung des MitbErgG auf die Obergesellschaft läßt die mitbestimmungsrechtliche Gestaltung in den Untergesellschaften unberührt.

3) Das Mitbestimmungsgesetz von 1976 (MitbG 76)

Dieses im Vergleich zur BetrVG-Mitbestimmung erweiterte Mitbestimmungsgesetz hat sich in § 5 der konzernrechtlichen Mitbestimmung angenommen. Gemäß § 5 Abs. 1 MitbG 76 gelten die Arbeitnehmer der Konzernunternehmen als Arbeitnehmer der in §§ 1 und 4 MitbG 76 bezeichneten herrschenden Unternehmen.
Dies gilt auch für den faktischen Konzern, und zwar nicht nur bei Ausübung tatsächlicher einheitlicher Leitung, sondern schon im Fall der Vermutungsvorschrift des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG[4].
Sämtliche Konzernarbeitnehmer haben ein aktives und passives Wahlrecht zum Aufsichtsrat der Muttgergesellschaft, wenn der Konzern über eine Arbeitnehmerzahl von 2ooo verfügt.
In § 5 Abs. 1 MitbG 76 kommt deutlich der wirtschaftliche Einheitsgedanke des Konzerns zum Ausdruck. Dieser läßt es geboten erscheinen, den mitbestimmungsrechtlichen Einfluß aller Konzernarbeitnehmer primär an den Ort unternehmerischer Entscheidungsgewalt mitwandern zu lassen.

---

1 Im faktischen Konzern sollen die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat das Gegengewicht zu den Vertretern der Obergesellschaft darstellen, Fitting/Eckardt, a.a.O.

2 Siehe dazu Buchner, ZFA 74, S. 147 ff, 166

3 Lutter, a.a.O., S. 7; Hoffmann, BB 74, S. 1276

4 Vgl. den Verweis auf den gesamten Abs. 1 des § 18 AktG

Allerdings bleibt die Mitbestimmung in den abhängigen Konzernunternehmen vom MitbG 76 weiterhin unangetastet. Das dürfte die Folge der Anerkennung der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaften und damit des Vielheitsgedankens im Konzern sein. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß das MitbG 76 in § 5 Abs. 1 die konzernrechtlichen Mitbestimmungsprobleme unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns und der rechtlichen Selbständigkeit der Vielfalt seiner Glieder gelöst hat.
Zu erwähnen bleibt, daß das MitbG 76 in § 5 Abs. 3 erstmals eine mitbestimmungsrechtlich zu beachtende Teilkonzernregelung geschaffen hat. Für den Fall, daß ein herrschendes Unternehmen nicht unter das Mitbg 76 fällt, soll die Mitbestimmung der Konzernarbeitnehmer in einem der vom MitbG 76 erfaßten Unternehmen angesiedelt werden, das der Konzernspitze am nächsten steht[1]. Hier konnte, da die Konzernspitze vom MitbG 76 nicht erfaßt wird, der von § 5 Abs. 1 MitbG 76 eingeschlagene Weg nicht zu Ende geführt werden, so daß nur eine Teilkonzernmitbestimmungsregel als Kompromißlösung entstand.

II) Konzernrechtliche Mitbestimmungsregeln in amtlichen und nichtamtlichen Gesetzesentwürfen

Es sei nur auf zwei Gesetzesentwürfe eingegangen, weil insbesondere sie in der Mitbestimmungsdiskussion Beachtung gefunden haben und die paritätische Aufsichtsratsmitbestimmung weitgehend verwirklicht haben:
Der Regierungsentwurf eines Mitbestimmungsgesetzes vom 2o. Februar 1974[2] und der Gesetzesentwurf eines Mitbestimmungsgesetzes des DGB von 1968[3].

---

1 Siehe dazu Begr. RegE zu § 5, S. 2o, a.a.O., Lutter, a.a.O., S. 12; Bayer, DB 75, S. 1167 ff, 1169; Martens, ZHR 138 (1974), S. 179 ff, 195

2 BR-Drucksache 2oo/74; das MitbG baut auf der Grundlage des RegE 74 auf

3 Abgedruc kt in Das MitbGespräch 73, S. 2o7 ff

Das Mitbestimmungsmodell des DGB für alle Großunternehmen und Großkonzerne lehnt sich an das Montan-Mitbestimmungsmodell an.

Den Geltungsbereich des Gesetzes umschreibt § 1 Satz 1. Gemäß § 4 Abs. 1 zählen zu den Arbeitnehmern des Konzerns die Arbeitnehmer der Konzernunternehmen mit Sitz im Inland, einschließlich der Arbeitnehmer ausländischer Zweigniederlassungen. § 1 Satz 2 beinhaltet eine Teilkonzernregelung[1].
Was das Motiv anbelangt, alle Konzernarbeitnehmer der Konzern- oder Teilkonzernspitze zuzurechnen und ihnen ein Wahlrecht zum Aufsichtsrat der Muttergesellschaft einzuräumen, ergeben sich zum MitbG 76 und RegE MitbG 74 keine Unterschiede[2].

III) Anderweitige Vorstellungen zur Konzernmitbestimmung

Derartige Vorstellungen[3] sind mit Eindringlichkeit erst entwickelt und empfohlen worden, als mit der Verabschiedung des RegE MitbG 74 die gesetzliche Einführung paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung für alle Großunternehmen und Konzerne unmittelbar bevorstand.
Das beweist, daß der konzernrechtlichen Mitbestimmungsproblematik außerhalb des Montanbereichs mehr Gewicht und Bedeutung beigemessen wird.
Gerade die mehrstufige paritätische Mitbestimmung im Konzern wirft besondere Probleme auf, die aber im Montanbereich wohl wegen des engen Anwendungsbereichs des Montan-MitbG und des MitbErgG vernachlässigt worden sind. Nach diesen Vorschlägen ist dem Anspruch auf paritätische Mitbestimmung im Konzern schon vollauf Rechnung getragen, wenn alle Konzernarbeitnehmer als Arbeitnehmer der Konzernspitze angesehen werden und ein aktives und passives Wahlrecht zum Aufsichtsrat der Muttergesellschaft erhalten. Die Untergesellschaften dürfen da-

---

1 Siehe auch Begr. zu § 1 a.a.O., S. 211/212

2 Begr. zu § 4, a.a.O., S. 212

3 Lutter, a.a.O.; Bayer, DB 75, S. 1167 ff; T. Raiser, BB 76, S. 145 ff, 152; Hoffmann, BB 74, S. 1276 ff; ders., GmbH-Rundschau 74, S. 73 ff und Handelsblatt vom 18.11.1974, S. 2; Centrale für GmbH, GmbH-Rundschau 74, S. 221 ff, 222 ff; siehe auch Wiedemann, JZ 7o, S. 593 ff

nach nicht nochmals paritätisch mitbestimmt sein, selbst wenn sie die Voraussetzungen für eine paritätische Besetzung ihres Aufsichtsrats erfüllen. Sie sollen weiter der BetrVG-Mitbestimmung[1] unterfallen bzw. gänzlich mitbestimmungsfrei bleiben[2].

Bei diesen Vorschlägen steht die wirtschaftliche Einheit des Konzerns im Vordergrund. Weil die Konzernarbeitnehmer der Konzernspitze zugerechnet werden, verbunden mit einem Wahlrecht zur Obergesellschaft, wird der Einheitsgedanke so stark betont, daß auch die paritätische Mitbestimmung im Konzern grundsätzlich nicht anders aussehen kann als im konzernfreien Unternehmen. Eine mehrstufige paritätische Mitbestimmung im Konzern wird dagegen als Widerspruch zum Einheitsgedanken des Konzerns angesehen[3].

Mitbestimmung auf Unternehmensebene hat danach im Konzern nur dort ihre Berechtigung, wo unternehmerische Entscheidungsmacht besteht, nicht jedoch ist die rechtliche Selbständigkeit der Gliedgesellschaften mitbestimmungsrechtlich gesehen von ebenbürtigem oder gar entscheidendem Belang.

---

1 So Bayer, a.a.O., S. 1172; Lutter, a.a.O., S. 76; Hoffmann, a.a.O., S. 1281 und Handelsblatt, a.a.O.

2 So Zentrale für GmbH, a.a.O., Vorschlag des § 5 zur Änderung des Entwurfs, S. 223; siehe auch Schwerdtfeger, Mitbestimmung und Grundgesetz, S. 126 Fußn. 429

3 Siehe Lutter, a.a.O., S. 76; Bayer, a.a.O., S. 1172

3. Teil: Vereinbarkeit von Aktien-/Konzernrecht und (paritätischer) Mitbestimmung

A) Mehrstufige (paritätische) Mitbestimmung und AG-Konzerne

I) Die wirtschaftlich-soziologische Bedeutung der Konzerne

Würde die paritätische Mitbestimmung verwirklicht, würden davon zur Zeit ca. 500 - 700 Unternehmen erfaßt, wenn man eine Mindestarbeitnehmerzahl von 2000 zugrundelegt[1]. In den paritätisch mitbestimmten Unternehmen wären über 4 Millionen Arbeitnehmer beschäftigt[2], etwas mehr als 25 % aller Arbeitnehmer, den öffentlichen Dienst ausgenommen. Diese 500 - 700 Unternehmen sind zu einem Großteil konzernverflochten[3]. Die überwiegende Zahl stellen die AGen, von denen sich nach Schätzungen ca. 70 % in einem Konzernverbund befinden[4]. Daraus wird ersichtlich, daß die meist gewählte Form des Unternehmenszusammenschlusses nicht die Fusion, sondern die Konzernierung ist.
Manche Konzerne umfassen mehr als 100 Unternehmen im In- und Ausland[5].

Durch die Konzernierungsprozesse, die nach gegenwärtiger Rechtslage verhältnismäßig leicht durchzuführen sind[6], sind immer größere Wirtschaftseinheiten entstanden. Daß dies nicht ohne Auswirkungen auf die vom freien Wettbewerb gekennzeichnete Marktwirtschaft bleiben kann, ist offenkundig. So be-

---

1 Bayer, a.a.O., S. 1167 (700 Unternehmen); Piel, Die Zeit vom 5.12.1975, S. 20 (650); Mitbestimmungsschaubild im Handelsblatt vom 27.3.1974, S. 2 (500); namentliche Erfassung der Unternehmen in Das MitbGespräch 73, S. 216 ff, aber nicht nur die Arbeitnehmerzahl beschränkt

2 Handelsblatt, a.a.O.; ebenso Übersicht bei Piel, a.a.O.

3 Das MitbGespräch, a.a.O. mit Kennzeichnung der Konzerne; Bayer, a.a.O., S. 1167

4 Bälz, Festschrift L. Raiser 74, S. 287 ff, 297

5 ZB Bayer AG: 316, Quelle: Bayer, a.a.O., S. 1173; siehe auch Schaubild über Unternehmensverflechtung bei Merklein, Der Spiegel vom 31.1.1972, S. 42

6 Schon relativ geringfügige Kapitalbeteiligung, oft weniger als 50 %, reichen für eine Beherrschung aus

herrschen in einzelnen Branchen nur wenige Konzerne den gesamten Markt[1].
Zwar haben ca. drei Viertel aller Unternehmen weniger als 50 Arbeitnehmer[2]. Berücksichtigt man jedoch, daß 1967 die 10 größten deutschen Konzerne rund 15 % der Industriearbeitnehmer beschäftigten und ca. 17 % des gesamten Industrieumsatzes für sich beanspruchten[3], wird deutlich, welches Arbeitnehmer- und Finanzpotential dahintersteckt.

Die Konzernkonzentration hat nicht nur wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen. Wegen der Existenz großer Wirtschaftseinheiten und dementsprechend hohen Arbeitnehmerzahlen hatte die Konzernleitung oder ein einflußreicher Mehrheitsaktionär bislang die Macht, durch Betriebsverlagerung oder intensive Rationalisierungsmaßnahmen über das existenzielle Schicksal von Menschen einer ganzen Region zu entscheiden. Für die gesamte Volkswirtschaft nehmen die Konzerne aufgrund ihrer Machtposition eine überragende Stellung ein und sind der wirtschaftlich größte Faktor in der Bundesrepublik.
Die Zusammenballung wirtschaftlicher Macht und räumlich ausgedehnte konzernmäßige Verflechtung sind Aspekte, die bei konzernrechtlicher Mitbestimmung berücksichtigt werden müssen. Keineswegs soll hier behauptet werden, daß dem Konzern der Makel der Ausnutzung wirtschaftlicher Macht anhaftet[4]. Im Rahmen gehaltene und unter staatlicher Kontrolle stehende Konzernierungsprozesse sind legitim und an sich nichts Schlechtes. So ist der wirtschaftliche Aufschwung in der Bundesrepublik kaum ohne die Konzerne zu erklären. Teilweise wird denn auch festgestellt, die Bundesrepublik habe noch

1 Merklein, a.a.O., S. 32 und 45; Huffschmid, S. 49 ff

2 Huffschmid, S. 39/40

3 Huffschmid, S. 45/46

4 Jüngstes Beispiel waren in dieser Richtung Angriffe gegen die Ölkonzerne wegen Ausnutzung ihrer beherrschenden Marktstellung während der "Ölkrise" 1973/74; die EG-Kommission hat ihnen tadelloses Verhalten bescheinigt, Jungblut, Die Zeit vom 26.12.1975, S. 17

einen starken Nachholbedarf an Konzentration[1]. Zugegebenermaßen liegen in der Konzernbildung gegenüber dem unverbundenen Unternehmen mannigfaltige Vorteile[2], von denen letztlich auch die Arbeitnehmer profitieren:

a) Risikoverteilung zwischen den einzelnen Konzernunternehmen[3]
b) Erleichterung der Kapitalbeschaffung[4]
c) Größere Krisenfestigkeit gegenüber konjunkturellen Schwankungen[5], was der Arbeitsplatzsicherung dient
d) Möglichkeit der Finanzierung teurer und kostspieliger Forschungsprogramme, die sich über Jahre hinziehen[6]
e) Technischer Fortschritt und damit größere Konkurrenzfähigkeit durch Zusammenschluß mehrerer Unternehmen
f) Hilfe bei wirtschaftlicher Not eines verbundenen Unternehmens[7]
g) Zahlung höherer Löhne und bessere betriebliche Sozialleistungen[8]
h) Größeres Maß an Dezentralisation[9] und damit verbunden die größere Nähe der Arbeitnehmer zu ihrem Unternehmen,

um nur einige zu erwähnen.

Auch ein durch Fusion entstandenes unverbundenes Großunternehmen kann Vorteile haben. Die Stärke der Konzernierung gegenüber der Fusion besteht aber in der größeren Flexibilität und des geringeren Kostenaufwandes. Deshalb ist es nicht verwunderlich, daß bislang jedenfalls die Konzernierung der Fusion vorgezogen wird[10]. Das konzernfreie Großunternehmen

---

1 Sölter, in Merklein, Der Spiegel vom 31.1.1972, S. 31

2 Siehe auch Luchterhand, ZHR 133 (1970), S. 1 ff, 57

3 Gailbraith, Gesellschaft im Überfluß, S. 95

4 Merklein, a.a.O., S. 34; Mommsen, ebenda, S. 32

5 Huffschmid, S. 46

6 Merklein, a.a.O., S. 33; Everling, Interne Konzernbeziehungen, S. 25

7 Sohl im Spiegel Gespräch, Der Spiegel vom 9.7.1973, S. 48 beim Zusammenschluß Rheinstahl/Thyssen

8 Merklein, a.a.O., S. 33

9 Everling, DB 61, S. 1558; Bayer, DB 75, S. 1167; Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 109 unter 29

10 Rasch, S. 2; Emmerich/Sonnenschein, S. 5

neigt zu einer stark zentralisierten Willensbildung, die wegen der alleinigen Verantwortung seines Vorstandes und der Existenz eines einzigen Haftungssubjekts nur schwerlich abgebaut und verlagert werden kann. Von einer bestimmten Größenordnung ab besteht bei zentralisierter Willensbildung die Gefahr einer Lähmung und Schwerfälligkeit der Unternehmensführung.
Je größer ein Unternehmen in der Belegschaftsstärke, im Umsatz und der Herstellung verschiedener Produkte wird, um so mehr bietet sich eine rechtliche Untergliederung mit eigenem verantwortlichen Vorstand an der Gliedspitze und haftungsrechtlicher Eigenständigkeit des Gliedunternehmens an. Die haftungsrechtliche Selbständigkeit eines jeden Gliedunternehmens bietet zugleich Gewähr dafür, daß finanzielle Schwierigkeiten oder der Zusammenbruch einer Konzerngesellschaft nicht auch unmittelbar negative Folgen für die anderen Konzerngesellschaften hat.

In einer Wirtschaftsordnung wie der Marktwirtschaft muß gewährleistet sein, daß auch für Großunternehmen Organisationsformen bereit gestellt sind, die den notwendigen Anforderungen einer flexiblen Gestaltung genügen[1].
Eine Marktwirtschaft baut darauf, daß Unternehmen sich im Sinne einer optimalen wirtschaftlichen Nutzung den gegebenen marktwirtschaftlichen Umständen so anpassen können, daß sie zwecks Verfolgung ihrer spezifischen Interessen aus einer Vielzahl von Gesellschaftsformen und einer Bereitstellung von verschiedenen Wegen der Unternehmensverbindung die ihnen entgegenkommendste Nutzung wählen können.
Ein Verbot des Konzerns oder eine erschwerte Konzernbildung kommt aus den dargelegten Gründen im Interesse einer leistungsstarken Wirtschaft nicht in Betracht[2].

---

1 Strauß, Marburger Aussprache zur Aktienrechtsreform, S. 86 und 84

2 Auch der Gesetzgeber ist im AktG 65 den wirtschaftlichen Bedürfnissen mit seinen Konzernregelungen nachgekommen unter gleichzeitiger Sicherung der von der Konzernierung berührten Interessen anderer Personen (Dülfer, Aktienunternehmung, S. 221). Damit ist aber eine Entscheidung dahin getroffen, daß es den Konzern in irgendeiner Form geben muß

Entscheidend ist deshalb, wie sich die paritätische Mitbestimmung in allen Großunternehmen und Konzernen auf die Funktionsfähigkeit und damit die Verbreitung der Konzerne auswirkt.

II) Probleme der konzernrechtlichen Mitbestimmung auf mehreren Unternehmensstufen

In welcher Intensität es zu einem Konflikt zwischen der paritätischen Mitbestimmung und der Leitungsmachtausübung durch das herrschende Unternehmen kommen kann, läßt sich nicht allgemein sagen, sondern hängt davon ab, welche Konzerngesellschaftsformen der paritätischen Mitbestimmung unterliegen. Konzernrechtliche Mitbestimmung kann sehr vielfältig sein, was sowohl eine Folge der Mitbestimmungsbindung an Arbeitnehmerzahlen, Gesellschaftsformen usw. als auch der Weitergeltung bisheriger Mitbestimmungsregeln ist[1].
Innerhalb eines Konzerns mit mehreren Tochter- und Enkelgesellschaften kann ein buntes Bild von Mitbestimmungsarten vorherrschen.
Die autonome einheitliche Konzernleitung ist offenkundig schon dann schwieriger, wenn im Aufsichtsrat der Konzernspitze die Hälfte der Sitze von Arbeitnehmervertretern unter Beteiligung der Arbeitnehmer des(r) abhängigen Konzernunternehmen eingenommen werden. Die einheitliche Leitung scheint jedoch besonders gefährdet zu sein, wenn eine mehrstufige paritätische Mitbestimmung, das heißt Parität im Aufsichtsrat der AG- Ober- und Untergesellschaft besteht.
Mehrstufige paritätische Mitbestimmung in den Aufsichtsräten von AG-Konzernen kann deshalb problematisch sein, weil dann ein zweifacher Arbeitnehmereinfluß auf konzernleitende Maßnahmen einwirken kann, der inhaltlich nicht gleich sein muß und so zu Spannungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft im Hinblick auf die Ausübung der Leitungsmacht durch das herrschende Unternehmen führt. Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Untergesellschaft sind nicht an die Beschlüsse der Gesamtarbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Ober-

1 Siehe Martens, ZHR 138 (1974), S. 194; Hoffmann, BB 74, S. 1272

gesellschaft gebunden, sondern können eigene Entscheidungsvorstellungen einbringen.
Ob in der Praxis allerdings Probleme entstehen, hängt von vielen, zum Teil noch nicht überschaubaren Faktoren ab, wie z.B.:

a) der Konzernform (Vertrags-, Eingliederungskonzern oder faktischer Konzern)
b) der Zahl der Arbeitnehmervertreter einer von bestimmten Maßnahmen der Konzernleitung betroffenen abhängigen Gesellschaft im Aufsichtsrat der Obergesellschaft, sowie deren Einfluß auf den Vorstand
c) dem Entscheidungsverhalten der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat und der Vorstände im abhängigen und herrschenden Unternehmen
d) den gesetzlichen (Bsp.: §§ 111 Abs. 4 Satz 3, 119 Abs. 2, 308 Abs. 3 AktG, 29 RegE MitbG 74, 32 MitbG 76) oder tatsächlichen Möglichkeiten, einen Arbeitnehmereinfluß auszuschalten oder einen Widerstand in der Untergesellschaft zu überwinden
e) der Art der Zustimmungsvorbehalte zu wichtigen Geschäften durch Satzung oder Aufsichtsratsbeschluß gemäß § 111 Abs. 4 Satz 1 AktG in Ober- und Untergesellschaft
f) der Art der Konzernorganisation.

Insgesamt geht es bei der Frage, ob eine einheitliche Leitung im AG-Konzern gewährleistet ist, nicht um die Blockierung einiger weniger Einzelentscheidungen durch den Einfluß der Arbeitnehmerseite. Vielmehr steht eine Situation in Frage, bei der eine ernsthafte Lähmung des Konzerns zu befürchten ist, obwohl dessen Funktionsfähigkeit von Gesetzes wegen garantiert ist.

III) Kriterien wirksamer Konzernführung

1) Durchsetzbarkeit konzernmäßigen Verhaltens in der Tochtergesellschaft

Konzernpolitik wird nicht von den Gliedunternehmen in eigener Regie gemacht, sondern von der Konzernspitze als Zentral- und Koordinierungsstelle. Die Durchsetzbarkeit der

Konzernpolitik in den Untergesellschaften ist wesentliche Voraussetzung für die Einheit des Konzerns, die freilich unterschiedlich stark ausgeprägt sein kann.
Die mitbestimmungsrechtliche Teilhabe aller Konzernarbeitnehmer im Aufsichtsrat der Obergesellschaft kann unternehmerischen Entscheidungen der Konzernspitze gegenüber abhängigen Einzelgliedern einen anderen Entscheidungsinhalt als bisher geben. Das ist konzernrechtlich aber nicht entscheidend[1].
Für das herrschende Unternehmen kommt es nur darauf an, daß es bei Wahrnehmung der Führungsaufgagen und der Ausrichtung der Tochtergesellschaften auf konzerngetreues Verhalten die Gefahr eines Widerstandes in den Untergesellschaften und deren Organen möglichst ausschließen kann. Mindestens aber muß die Muttergesellschaft die Letztentscheidung haben, wenn ein Konflikt mit einer der abhängigen Gesellschaften besteht.
Allein die Möglichkeit, unternehmerische Maßnahmen der Konzernspitze in den Tochtergesellschaften aufgrund paritätischer Mitbestimmung vorübergehend blockieren zu können, stellt die Existenz des Konzerns als wirtschaftliche Einheit noch nicht in Frage. Auch die Verwirklichung dieser Möglichkeit in wenigen Einzelfällen wird der Konzerneinheit noch nicht schaden. Häufen sich allerdings derartige Blockierungsfälle, kann dies trotz des ausschlaggebenden Entscheidungsspruchs des herrschenden Unternehmens den Konzernverbund lockern.
Verfügt die Obergesellschaft dagegen über keine autonomen Mittel, den Konflikt zwischen ihr und der Untergesellschaft zu ihren Gunsten zu entscheiden, ist die Fähigkeit, konzernmäßiges Verhalten durchzusetzen, stark angeschlagen. Allerdings kann das fehlende Durchsetzungsvermögen des herrschenden Unternehmens für die Einheit des Konzerns verhältnismäßig belanglos sein. Das ist z.B. der Fall, wenn Blockierungen nur vereinzelt vorkommen, die Auswirkungen nicht schwerwiegend für das Konzernganze sind und die Tochtergesellschaft ansonsten mit den Vorstellungen und Wünschen der Muttergesell-

---

1 Siehe dazu Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 25

schaft übereinstimmt. Andererseits ist nicht auszuschließen, daß durch nachhaltigen Widerstand eine völlige Herauslösung von Gliedgesellschaften aus dem Konzernverbund die Folge sein kann.
Voraussetzung ist allerdings, daß es der abhängigen Konzerngesellschaft überhaupt möglich ist, die Durchsetzung von Direktiven des Mutterunternehmens vorübergehend oder endgültig zu verhindern. Erst dann fragt sich, ob und in welchem Ausmaß mit einer Blockierung tatsächlich zu rechnen ist.
Die Durchsetzbarkeit konzerngetreuen Verhaltens durch die Obergesellschaft kann sowohl rechtlich als auch tatsächlich abgesichert sein.
Rechtlich ist sie in §§ 323 und 308 AktG für den Vertrags- und Eingliederungskonzern gewährleistet.
Die Gewähr, einheitliche Leitung tatsächlich durchzusetzen, wird vornehmlich für den faktischen Konzern von Bedeutung sein. Im faktischen Konzern kann, da das herrschende Unternehmen keine rechtlich abgesicherte Leitungsmacht hat, die "Macht des Faktischen" das einzige Mittel sein, konzernorientiertes Verhalten durchzusetzen. Denn hier besteht eine endgültige Blockierungsmöglichkeit von Direktiven aus der Konzernzentrale.
Die Durchsetzbarkeit einheitlicher Konzerninteressen in abhängigen Gesellschaften hängt deshalb eng mit der Konzernform zusammen und kann aus diesem Grund unterschiedlich ausfallen.

2) Sicherung der Funktionsfähigkeit des Konzerns[1]

Es stellt sich die Frage, ob nur das Fehlen einseitiger Direktivmacht oder bereits eine zeitversetzte Durchsetzung von Maßnahmen die Funktionsfähigkeit des Konzerns in Mitleidenschaft zieht[2].
Unter der Funktionsfähigkeit des Konzerns soll hier ein ungestörter Konzernregelungsmechanismus verstanden werden, bei dem alle Konzernglieder die Obergesellschaft als oberste und verbindliche Schalt- und Weisungsstelle anerkennen.

---

1 Dazu Bayer, DB 75, S. 1167

2 Siehe Hoffmann, BB 74, S. 1278 und 1279; Bayer, a.a.O., S. 1167 und 1171

Es ist einerseits denkbar, daß ein gänzlich fehlendes oder ein im Augenblick nicht bestehendes Durchsetzungsvermögen der Muttergesellschaft, wenn diese dennoch als Entscheidungszentrale anerkannt wird, für die Funktionsfähigkeit des Konzerns ohne Bedeutung sein kann. Andererseits kann die Funktionsfähigkeit empfindlich getroffen sein, wenn die Leitungsmacht fehlt oder sich erst nach einem Zeitverlust durchsetzt. Es wird deshalb zwischen Durchsetzungsmacht des herrschenden Unternehmens und Funktionsfähigkeit des Konzerns stets ein Bedingungszusammenhang bestehen.
Die Funktionsfähigkeit des Konzerns hängt maßgeblich davon ab, wie oft Weisungen und Wünsche der Konzernspitze in den Untergesellschaften vorläufig oder endgültig blockiert werden und welche Bedeutung und Tragweite abgeblockte Entscheidungen für das Konzernganze haben, was wiederum damit zusammenhängt, wieviele abhängige Konzernunternehmen dem Gesamtbund angehören.

Ein Konzern ist im obigen Sinn immer dann funktionsfähig, wenn die Muttergesellschaft nicht nur überhaupt die Möglichkeit besitzt, unternehmerische Entscheidungen für das Konzernganze in den Konzernunternehmen durchzusetzen, sondern diese auch möglichst schnell und widerstandslos durchzusetzen in der Lage ist. Wenn ständig Einzelinteressen verfolgt werden, kann die Konzernspitze nicht mehr voraussehen, ob Weisungen strikt befolgt werden. Besteht die Möglichkeit, eine Entscheidung der Konzernzentrale endgültig zu blockieren, kann das zur Funktionsunfähigkeit des Konzerns führen, wenn sich ein oder mehrere Tochterunternehmen in nahezu sämtlichen wesentlichen Konzernfragen nicht der Konzernspitze unterwerfen. Deshalb kommt es besonders hier darauf an, daß das herrschende Unternehmen die Reaktion solcher abhängiger Unternehmen und ihrer Organe in seine Planung mit einbeziehen kann.

IV) Interessenlage und Personalstruktur in Aufsichtsrat und Vorstand im Hinblick auf die konzerneinheitliche Leitung

1) Der Aufsichtsrat einer konzernverbundenen Aktengesellschaft

a) Unternehmensmitbestimmungsrechtliche Einflußmöglichkeiten

Wenn man unter Mitbestimmung im Aufsichtsrat die gleichberechtigte und -gewichtige Teilhabe an der Planungs- und Entscheidungsmacht im Unternehmen versteht[1], bedarf es der Feststellung, welche gesetzlichen Rechte und Funktionen dem Aufsichtsrat in dieser Hinsicht zustehen.
Von Interesse ist dabei auch, wie sich das Verhältnis Aufsichtsrat - Vorstand in der Praxis darstellt[2].

aa) Kontrollfunktion, § 111 Abs. 1 AktG

Gemäß § 111 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen. Dies gilt auch für den Aufsichtsrat eines abhängigen Konzernunternehmens.
Die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrats kann schon bei der Entscheidungsvorbereitung des Vorstandes eingreifen, aber auch erst nach Durchführung einer unternehmerischen Entscheidung. Für alle Beteiligte ist es jedoch von Vorteil, wenn die Stellungnahme des Aufsichtsrats zu besonders wichtigen Maßnahmen der Geschäftsführung bereits zur Zeit der Entscheidungsfindung vorliegt[3]. Wenn auch keine gesetzlichen Grundlagen für eine derartige vorbeugende Kontrolle im Einzelfall vorhanden sind (z.B. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG), so haben sich doch in der Unternehmenspraxis entsprechende Gepflogenheiten eingebürgert.

Bei der vorweggenommenen Kontrolle kommt dem Aufsichtsrat[4] bei Geschäftsführungsangelegenheiten, die nicht zur täglichen Geschäftsführung gehören, vielfach eine Beratungs- und Be-

1 Duvernell in Potthoff/Blume/Duvernell, S. 319

2 Umfassend dazu Zachert, Das MitbGespräch 74, S. 155 ff; 175 ff; 207 ff und 235 ff

3 Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, § 111 Rdnr. 26

4 Meist ist es nicht der gesamte Aufsichtsrat, sondern Ausschüsse oder das Präsidium

teiligungsfunktion zu, ohne daß der Vorstand verpflichtet wäre, den Aufsichtsrat einzuschalten[1]. Vielmehr hält der Vorstand auf freiwilliger Basis engen Kontakt zum Aufsichtsrat. Nicht selten sind bestimmte Aufsichtsratsmitglieder selbst an der Festlegung der Unternehmenspolitik beteiligt[2], wenn sie über den entsprechenden Einfluß verfügen. Das trifft insbesondere für das herrschende Unternehmen eines Konzerns und seiner Vertreter im Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft zu.
Infolgedessen sind die Grenzen zwischen dem Aufsichtsrat als Kontrollorgan und als internem Mitwirkungsorgan in geschäftsführenden Angelegenheiten fließend geworden[3].
Daß sich der Aufsichtsrat (oder besser gesagt, einzelne seiner Mitglieder) gleichsam zum Geschäftsführungsorgan machen kann, geht über das hinaus, was unter der Kontrolle der Geschäftsführung zu verstehen ist.

bb) Aktive Einflußnahme auf die Geschäftsführung

Gerade diese Zuständigkeiten und Einflußmöglichkeiten des Aufsichtsrats sind maßgebender Grund dafür, die (paritätische) Mitbestimmung im Aufsichtsrat anzusiedeln[4].

aaa) Vorstandsbestellung (§ 84 AktG)

Die wichtigste Befugnis in dieser Beziehung ist das Recht des Aufsichtsrates, gemäß § 84 AktG den Vorstand zu bestellen[5]. Diese personalhoheitliche Stellung des paritätisch besetzten Aufsichtsrats spielt für die unternehmerische Mitbestimmung

---

1 Werth, Vorstand und Aufsichtsrat, S. 77; Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 32 unter 7; Hensche, a.a.O., S. 1o1; siehe auch Martens, BB 73, S. 1118 ff, 1121

2 Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt, S. 88

3 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 72 unter 39; Hillert, BB 7o, S. 1258 ff, 1259

4 DGB, Mitbestimmung - eine Forderung unserer Zeit, S. 23; Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 71 unter 38

5 Zum Ganzen Meulenbergh, Einflußnahme, S. 15o ff

eine ganz entscheidende Rolle[1].
Nach § 76 Abs. 1 AktG führt der Vorstand die Geschäfte in eigener Verantwortung. Aber schon die Tatsache, daß die Bestellung zum Vorstandsmitglied vom Aufsichtsrat abhängt, wird den Vorstand veranlassen, ein harmonisches Verhältnis zum Aufsichtsrat herzustellen und dessen Vorstellungen mit zu berücksichtigen[2]. Da in der Regel die Vorstandsmitglieder nach Ablauf ihrer 5-jährigen Amtszeit wiederbestellt werden möchten, ist dieser Umstand für das Verhalten des Vorstands bedeutsam[3].
Insgesamt gesehen wird der Vorstand schon durch die Aufsichtsratswahl und die im Aufsichtsrat vertretenen Gruppen in seinen unternehmerischen Entscheidungen geprägt. Aufgrund der Parität fließen in die unternehmerischen Entscheidungen des Vorstands von vornherein die im Aufsichtsrat gleich stark vertretenen Interessen der Anteilseigner und Arbeitnehmer mit ein.

bbb) Feststellung des Jahresabschlusses (§ 172 AktG)

Eine weitere wichtige Einflußmöglichkeit auf die Geschäftsführung besteht in der Feststellung des rechtsverbindlichen Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat und den Vorstand gemäß § 172 AktG[4] [5].

Die Prüfung des Jahresabschlusses durch den Aufsichtsrat nach § 171 AktGhat zwar nur eine kontrollierende Funktion. Über die gemeinsame Feststellung mit dem Vorstand hat der Aufsichtsrat aber in beschränktem Umfang Einfluß auf die Finanzlage des Unternehmens und damit auch auf die zukünftige Unternehmenspolitik.

---

1 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 32 unter 8; Brinkmann-Herz, Entscheidungsprozesse, S. 147

2 Nur Publikumsgesellschaften, in denen der Vorstand über eine große Machtposition verfügt, sind insoweit nicht repräsentativ, siehe Merklein, Der Spiegel vom 31.1.1972, S. 39

3 Hier fallen einmal die Jahresbezüge der Vorstandsmitglieder ins Gewicht: Sie betrugen beispw. 1969 bei den Farbwerken Hoechst 380 100 DM, bei der Dresdner Bank 478 100 DM und bei der Karstadt AG 575 800 DM, siehe Jungblut, Die Reichen und die Superreichen, S. 332; hinzu kommt bei einer Nichtwiederbestellung der Makel der Unfähigkeit und der Unverträglichkeit, siehe BGH BB 62, S. 816

4 Siehe dazu Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 72 unter 39.

5 Gemäß § 148 AktG besteht der Jahresabschluß aus Jahresbilanz und Gewinn- und Verlustrechnung

Aufgrund der Beteiligung des Aufsichtsrats erhalten die Arbeitnehmer bei paritätischer Mitbestimmung ein gleichberechtigtes Mitspracherecht bei der Ausweisung der Höhe des Bilanzgewinns, der letztlich gemäß § 174 AktG der Hauptversammlung zur freien Verfügung steht. Nach § 58 Abs. 2 AktG können Vorstand und Aufsichtsrat einen Teil des Jahresüberschusses in freie Rücklagen einstellen. Sie treffen damit eine Teilentscheidung über die Gewinnverwendung, die ansonsten allein der Hauptversammlung zusteht[1]. Über die Frage, welche finanziellen Mittel dem Vorstand im kommenden Geschäftsjahr zur Verfügung stehen, hat der Aufsichtsrat also ein nicht unerhebliches Entscheidungsgewicht. Den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat wird es naturgemäß darum gehen, § 58 Abs. 2 AktG voll auszuschöpfen und diesen Teil des Jahresüberschusses dem Unternehmen zur Selbstfinanzierung zu überlassen, weil sie ein Bestandsinteresse gegenüber dem Unternehmen haben[2].
Unter der Mitbestimmung nach dem BetrVG ist in der Konzernpraxis zu beobachten, daß die Hauptversammlung in bezug auf ihr Recht, über die Verwendung des Bilanzgewinns zu entscheiden, funktionslos geworden ist. Außerhalb der Bilanz werden Gewinne des abhängigen Unternehmens verdeckt an den Mehrheitsaktionär ausgeschüttet[3]. Diesem Vorgang dürfte bei paritätischer Mitbestimmung von Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens Einhalt geboten werden.

ccc) Zustimmungspflichtigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG)

Gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG kann die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmte Geschäfte an die Zustimmung des Aufsichtsrats binden. Dieses Zustimmungserfordernis gestattet eine intensive Einflußnahme auf die Geschäftspolitik.

---

1 Zur Höhe der freien Rücklagen siehe § 58 Abs. 2 AktG
2 Martens, BB 73, S. 1124
3 Emmerich/Sonnenschein, S. 1o

Was den Umfang der zustimmungsbedürftigen Geschäfte betrifft, darf er keinesfalls so weit gehen, daß der Vorstand handlungsunfähig wird[1]. Immerhin führt der Vorstand die Geschäfte in eigener Verantwortung, wozu ein Mindestmaß an autonomer Entscheidungsmacht notwendig ist. Man wird die Zustimmung auf solche Geschäfte beschränken müssen, die von ihrem Gehalt her für das Unternehmen von wesentlicher Bedeutung sind[2].
Den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat wird zwangsläufig sehr daran gelegen sein, das Zustimmungsrecht bis an die äußerste Grenze auszudehen, um die Mitbestimmung über § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG effektiv zu machen und aktive Einflußnahme auf die Geschäftspolitik zu nehmen. Auch die Anteilseignervertreter werden zunächst ein Interesse daran haben, das Zustimmungsrecht auszudehnen, da aufgrund der paritätischen Auswahl des Vorstandes nicht mehr gewährleistet ist, daß dieser ihre Interessen wie bei Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer vertritt.
Die Bedeutung des Zustimmungsrechts liegt in erster Linie darin, daß der Vorstand die Interessen der im Aufsichtsrat vertretenen Gruppen bereits bei seiner Entscheidungsfindung in seine Planung einbezieht, ggf. Konzessionsbereitschaft zeigt und so dem Aufsichtsrat dessen Wünsche berücksichtigende Entscheidungsvorschläge überreicht[3].
Zusammenfassend läßt sich sagen, daß nach außen eine strikte Kompetenzabgrenzung zwischen Vorstand und Aufsichtsrat besteht. Intern dagegen stellt sich das Verhältnis Aufsichtsrat - Vorstand als eine kooperative Gemeinschaft dar, in der dem Aufsichtsrat eine aktive Einflußnahme auf die Geschäftspolitik zukommt. Im Hintergrund dieser Kooperation stehen die gesetzlichen und tatsächlichen Abhängigkeiten des Vorstandes vom Aufsichtsrat.

---

1 Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, § 111 Rdnr. 65; siehe auch Martens, a.a.O., S. 1123

2 Zachert, Das MitbGespräch 74, S. 213; Godin/Wilhelmi, § 111 Anm. 5; umfassend zum Kreis zustimmungspflichtiger Geschäfte Werth, S. 72 ff; zu den Geschäften, um die es sich erfahrungsgemäß in der Hauptsache handelt, Gutenberg, Unternehmensführung, S. 39

3 Typisch dafür ist, daß die Blockierung einer Vorstandsvorlage im Aufsichtsrat höchst selten ist, Brinkmann-Herz, S. 81 ff und Voigt in Voigt/Weddigen, S. 328 ff

b) Der Aufsichtsrat als interessendualistisches Organ

Es kann festgehalten werden, daß im paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat in vielen Punkten keine großen Meinungsverschiedenheiten zwischen Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern bestehen, man sogar von gemeinsamen Interessen sprechen kann[1]. Es kann deshalb grundsätzlich davon ausgegangen werden, daß Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter wirkungsvoll zusammenarbeiten. Das ändert aber nichts an den gegensätzlichen Ausgangspositionen, die zu Konflikten im Aufsichtsrat führen können[2].

Fragt man nach der Ursache von Konflikten im paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat von Kapitalgesellschaften, so steht zwangsläufig die interessendualistische Struktur des Aufsichtsrats im Vordergrund.

Im Konzernverbund sind allerdings sowohl bei interessenmonistischer Besetzung des Aufsichtsrats der Obergesellschaft als auch der Untergesellschaft Interessengegensätze zwischen den beiden Aufsichtsräten denkbar. Das hängt einerseits mit der andersartigen personellen Besetzung der Aufsichtsräte, andererseits mit den verschiedenartigen Zielen der Aufsichtsratstätigkeit zusammen.

Der Aufsichtsrat ist als gesellschaftsrechtliches Organ, das heißt als Organ der Anteilseigner und damit als weitgehend interessenmonistisches Organ geschaffen.

Das heißt nicht, daß innerhalb der Anteilseignerseite keine Meinungsverschiedenheiten auftreten. Im Aufsichtsrat von Publikumsgesellschaften[3] oder dann, wenn neben dem Großaktionär noch ein Minderheitsaktionär im Aufsichtsrat vertreten ist, sind diese sehr wohl anzutreffen.

---

1 Dazu von Nell-Breuning, a.a.O., S. 60. Insbesondere scheinen denn auch gerade die Vertreter des herrschenden Unternehmens im Aufsichtsrat des abhängigen ein Interesse daran zu haben, Gewinne in offene bzw. stille Rücklagen einzustellen, Emmerich/ Sonnenschein, S. 1o

2 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 1oo unter 8.; Gürtler, Das MitbGespräch 57, Heft 6, S. 5 ff, 6

3 Meinungsdifferenzen hier weiß der Vorstand allerdings wegen seiner großen Autonomie in einer Publikumsgesellschaft in der Regel schnell zu schlichten; noch gravierender sind die Meinungsdifferenzen in der Hauptversammlung einer Publikumsgesellschaft, von Nell-Breuning, Festgabe Kronstein 67, S. 59

Infolge paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung tritt neben diesen Anteilseignerblock ein gleich starker Arbeitnehmerblock, der in sich grundsätzlich wiederum interesseneinheitlich zusammengesetzt ist[1], so daß sich im Aufsichtsrat zwei in sich interessenmonistische Gruppen gegenüberstehen. Kommt es zwischen diesen beiden Blöcken zu Konflikten, so liegt das an der Gegensätzlichkeit der vertretenen Interessen von Kapital und Arbeit. Konfliktpunkte sind insbesondere Rationalisierungsmaßnahmen, Betriebsstillegungen und Konzentrationsprozesse[2]. Den Kapitalvertretern geht es in erster Linie darum, daß das von ihnen dem Unternehmen zur Verfügung gestellte Kapital zum Jahresabschluß eine hohe Rendite abwirft[3]. In der Tochtergesellschaft eines Kozerns dagegen wird der Aufsichtsrat dazu benutzt, die unternehmerische Planungs- und Entscheidungsautorität des herrschenden Unternehmens durchzusetzen. Bei der Prüfung unternehmerischer Entscheidungen konzentrieren sich die Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten vorrangig darauf, daß die Sicherung der Arbeitsplätze, die Erhaltung und Verbesserung der Sozialleistungen und die Mitbestimmungsrechte beachtet werden[4].
Der wirtschaftliche Erfolg des Unternehmens auf dem Markt als gemeinsame Zielsetzung der beiden Aufsichtsratsblöcke[5] beeinflußt erheblich die Koordination der oft gegensätzlichen Einzelinteressen[6], die in Zeiten wirtschaftlicher Hochkonjunktur verhältnismäßig leicht anzugleichen sind.

---

1 Ein Ausfluß dessen ist die sog. Fraktionsbildung; auf die leitenden Angestellten sei an dieser Stelle konkret noch nicht eingegangen

2 Siehe Martens, ZHR 138 (1974), S. 2o5; Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 73 unter 44.

3 So zumindest in Publikumsgesellschaften

4 Brinkmann-Herz, S. 129; Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 4o unter 31.; Seidel, Das MitbGespräch 7o, S. 159 ff, sieht den Konflikt zwischen Arbeit und Kapital vornehmlich durch den Asprekt des Lohn- und des Autoritätskonflikts gekennzeichnet: zum Lohnkonflikt ist zu sagen, daß dieser nicht direkt im Aufsichtsrat ausgetragen wird, aber bspw. mittelbar bei Lohnkostensparungen durch Rationalisierzungsmaßnahmen eine bedeutende Rolle im Aufsichtsrat spielen kann; der Autoritätskonflikt hat insbesondere wegen des Über- Unterordnungssystems zwischen herrschendem und abhängigen Unternehmen im Konzern- speziell im Aufsichtsrat der Untergesellschaften - seine Bedeutung

5 von Nell-Breuning, Festgabe Kronstein 67, S. 59/6o; Zeitel in Mitarbeiten-Mitverantworten-Mitbestimmen, S. 52 ff, 68; Hax in Mitbestimmung und Wirtschaftspolitik, S. 195 ff, 212

6 Siehe dazu Thomssen, Wirtschaftliche Mitbestimmung, S. 37

Sicherlich gibt es zwischen Kapital- und Arbeitnehmervertretern Bereiche, die an und für sich gegensätzliche Stellungnahmen erforderten, die der einen Gruppe zur Durchsetzung ihrer Belange aber nicht so wichtig erscheinen und der anderen, die darauf besonderen Wert legt, freiwillig überlassen werden[1]. Doch darf dies und die Möglichkeit der Kooperations- und Kompromißbereitschaft zwischen den Blöcken nicht darüber hinwegtäuschen, daß es bei Entscheidungen, die wesentliche Interessen jeder Partei berühren, zu erheblichen Spannungen und Auseinandersetzungen kommen kann.
Besonders im Konzern ist das Aufeinanderprallen zweier gegensätzlicher Aufsichtsratsblöcke in den Untergesellschaften typischer als in einem rechtlich unverbundenen Unternehmen. Konzernpolitische Interessen und spezifisch gesellschaftsorientierte Interessen sorgen für weitaus mehr Konfliktstoff, weil die Konzernpolitik nicht dazu da ist, Interessen der einzelnen Gesellschaft zum Nachteil des Konzernganzen zu verfolgen. Fraglich erscheint in diesem Zusammenhang, an welche Entscheidungsmaxime die Kapital- und Arbeitnehmervertreter in einem Konfliktfall gebunden sind.
Auszugehen ist davon, daß alle Aufsichtsratsmitglieder die gleichen Rechte und p Pflichten haben[2].
Weit verbreitet ist die Ansicht, daß Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter ihre Entscheidungen am Unternehmensinteresse auszurichten haben[3]. Das bedeutet, daß bei einer Kollision von Unternehmensinteresse und Arbeitneh-

---

1 Beispiel bei Brinkmann- Herz, S. 149/15o

2 Siehe §§ 4 Abs. 3 Satz 1 Montan-MitbG und 5 Abs. 4 MitbErgG; Hueck/Nipperdey, Bd. II/2, S. 1517; eine derartige Bestimmung fehlt im MitbG 76

3 Dietz/Richardi, § 76 BetrVG 1952, Rdnr. 177 im Anhang zu § 129 BetrVG 1972; Nikisch, Bd. III, S. 617; Mertens, KK-Vorb. zu § 95 Rdnr. 4 und Anhang zu § 96 Rdnr. 91

mer - oder Anteilseignerinteresse dem Unternehmensinteresse als Entscheidungsgrundlage stets Vorrang gebührt[1]. Ein Vorrang des Unternehmensinteresse ist allerdings nur dann anzuerkennen, wenn ihm gegenüber dem Arbeitnehmer- und Anteilseignerinteresse ein noch von diesem trennbarer, eigenständiger Wert zukommt[2].

Eine Verpflichtung der Aufsichtsratsmitglieder besteht insoweit, als sie ihre Entscheidungen entsprechend dem in der Satzung festgelegten Gesellschaftszweck treffen müssen. Ansonsten läßt sich bei dem Unternehmensinteresse nicht mit Bestimmtheit sagen, von welchen Faktoren es ausgefüllt wird oder wem es ansteht, darüber zu entscheiden, was das Unternehmensinteresse ist oder nicht ist.

Die Anerkennung eines selbständigen Unternehmensinteresses führt letztlich zu einer Verabsolutierung des Unternehmens[3], das um seiner selbst willen gegen Sonderinteressen von Kapital und Arbeit geschützt wird. Dabei bleibt aber unberücksichtigt, daß es für einen derartigen Unternehmensschutz keine rechtlichen Anhaltspunkte gibt[4]. Auch werden dadurch die im Unternehmen vorhandenen Interessengegensätze in den Hintergrund gedrückt.

Nach neueren und gefestigten Erkenntnissen stellt das Unternehmen als soziales Gebilde eine wirtschaftliche Veranstaltung dar, deren Zweck von den Beteiligten mit unterschiedlichen Interessen verfolgt wird[5]. Kapital und Arbeit sind die

---

1 Meyer-Landrut, Großkomm. AktG, § 96 Anm. 1; BGHZ 36, S. 296 ff, 306

2 Dazu insbesondere Wiedemann, Festschrift Barz 74, S. 561 ff, 576/577

3 Lehre vom "Unternehmen an sich", Zöllner, Stimmrechtsmacht, S. 67 ff

4 Die §§ 311 ff AktG bspw. schützen nicht das Unternehmen an sich, sondern die Interessen der Minderheitsaktionäre und Gläubiger

5 Kunze, Festschrift Geßler 71, S. 47 ff, 48; Zöllner, a.a.O., S. 73; Kittner, ZHR 136 (1972), S. 208 ff, 226; Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 114 unter 43.

wesentlichen in dem Unternehmen wirkenden Interessenkräfte[1].
Mit der Anerkennung des Unternehmens als sozialem Gebilde, geprägt von den Faktoren Arbeit und Kapital, kann das Unternehmen nur als Bezugspunkt angesehen werden, in dem Kapital- und Arbeitnehmerinteressen koordiniert werden[2].
Das Unternehmensinteresse hat aber dann im Vergleich zum Arbeitnehmer- und Kapitalgeberinteresse keinen eigenständigen Wert mehr[3].
Daraus folgt weiter, daß sowohl Arbeitnehmer als auch Kapitalgeber im Aufsichtsrat ihre Interessen nicht einem höherstehenden Wert opfern müssen.
Aber selbst dann, wenn man ein selbständiges Unternehmensinteresse anerkennt, erweist sich dieses in der Praxis wegen der Unbestimmtheit des Begriffs als wenig effektiv und trägt zur Lösung bestehender Interessenkonflikte zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern im Aufsichtsrat wenig bei[4].

c) Arbeitnehmervertretung in der Mutter- und Tochtergesellschaft im Vergleich

Es ist nunmehr von Interesse, wie sich die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Mutter- und der Tochtergesellschaft im Hinblick auf die konzerneinheitliche Leitung verhalten.
Auf den ersten Blick könnte man aufgrund der Annahme, die Interessen der Gesamtarbeitnehmerschaft seien gleichgerichteter Natur, schnell geneigt sein, zwischen den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat der Ober- und Untergesellschaft einen Interessenmonismus und damit ein gleichlaufendes Entscheidungsverhalten anzunehmen[5] [6].

---

1 Kittner, a.a.O., S. 226; von Nell-Breuning, a.a.O., S. 62; inwieweit das Unternehmen nicht nur interessendualistische Züge, sondern interessenpluralistische Züge hat, mag dahinstehen

2 Kittner, a.a.O.,; Zöllner, a.a.O., S. 7o und 72: Unternehmen nicht Träger, sondern Objekt des Unternehmensinteresses

3 Zachert, Das MitbGespräch 74, S. 2o9; Kittner, a.a.O.,; Zöllner a.a.O., S. 78; Wiethölter, Interessen u.Organisation, S. 41

4 Wiedemann, Festschrift Barz 74, S. 577

5 Dabei soll hier das Problem der leitenden Angestellten als selbständiger Faktor ausgeklammert sein

6 Vgl. auch die Lehre vom Betriebsrisiko, bei der mit dem Gedanken der Solidarität der Arbeitnehmer gearbeitet wird, BAGE 3, S. 346 ff 349

Dabei würde aber das Wesen des Konzerns, eine Einheit aus der Vielheit der juristisch selbständigen Einzelglieder zu sein, vernachlässigt.

aa) Konzernbewußtsein und -gesamtstrategie

Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Konzernspitze sind in ihrer Aufgabenstellung anders festgelegt als im Aufsichtsrat des abhängigen Konzernunternehmens.
Infolge des aktiven und passiven Wahlrechts aller Konzernarbeitnehmer erhalten die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Muttergesellschaft ihre Legitimation[1] von allen Arbeitnehmern im Konzern. Diese Arbeitnehmervertreter sind aufgrund ihrer Wahl und der Funktion des herrschenden Unternehmens im Konzern Vertreter der Arbeitnehmer für das Konzernganze. Sie sind also bei einzelnen Maßnahmen gegenüber abhängigen Gesellschaften dazu berufen, diese auf die Verträglichkeit für die Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen zu überprüfen. Das einzelne Unternehmen soll nicht im Vordergrund der Betrachtung stehen[2]. Dies ist der ihnen von der Gesamtarbeitnehmerschaft angetragene Auftrag. Sie sind an der Entwicklung einer alle Unternehmen erfassenden Konzernpolitik beteiligt. Ihre Mitverantwortung für die Konzernpolitik steht bei konzernleitenden Maßnahmen in untrennbarem Zusammenhang mit der Orientierung am Gesamtinteresse.
Ihre Aufgabe besteht demgemäß darin, ihre Tätigkeit von jedem rechtlich selbständigen Unternehmen weitgehend zu abstrahieren und in einer die Einzelgesellschaft übergreifenden Weise auszufüllen. Ihre Entscheidungen müssen sie wirtschaftlich dem Konzernganzen und arbeitnehmerbezogen der Konzerngesamtbelegschaft gegenüber vertreten und verantworten.

---

1 Zum Legitimationsgedanken Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 6

2 Dazu Lutter, a.a.O., S. 39

Dies wird in der Praxis keine leichte Aufgabe sein. Da die gewählten Arbeitnehmervertreter meist das Vertrauen der Arbeitnehmer des eigenen Konzernunternehmens hinter sich haben, das ihnen die Aufsichtsratsposition zum Großteil verschafft hat, werden unternehmensegoistische Erwartungen bei Wahrnehmung der Aufsichtsratsposition in der Obergesellschaft in sie gesetzt. Das ist auch keineswegs zu beanstanden, solange dies nicht zum Schaden anderer Konzernunternehmen und deren Arbeitnehmer führt. Denn letztlich dürften die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Muttergesellschaft überwiegen, deren Gesellschaft selbst über eine hohe Arbeitnehmerzahl verfügt und im Konzern eine dominierende oder wichtige Stellung einnimmt.
Die Wahl durch alle Konzernarbeitnehmer ist ein Indiz dafür, daß die gewählten Aufsichtsratsmitglieder Vertreter aller abhängigen Unternehmen und deren Arbeitnehmer sind und sich als solche fühlen sollen.
Daß bisweilen Sonderinteressen durch Aufsichtsratsmitglieder größerer abhängiger Unternehmen in der Konzernspitze vertreten werden, ist nicht auszuschließen. Erschwert wird ein solches Vorgehen aber dadurch, daß sich eine Sonderinteressenvertretung zum Nachteil anderer Konzernglieder und deren Arbeitnehmer auswirken kann, wenn dem Konzern mehrere Unternehmen angehören. Das betrifft insbesondere den Fall der Arbeitsplatzsicherung[1].
Solche Folgenachteile werden Aufsichtsratsmitglieder der Konzernunternehmen in der Konzernspitze nur selten auf sich nehmen wollen. Die einseitige Orientierung im Aufsichtsrat der Muttergesellschaft wird im Hinblick auf die Folgen einer ihrer unternehmerischen Entscheidungen meist zugunsten des konzernrechtlichen Gesamtaspektes weichen. Das wird selbst dann eintreten, wenn die Arbeitnehmer in einem von mehreren Konzernunternehmen in der Lage sind, einen oder mehrere Aufsichtsratsmitglieder aus ihrer

---

1 Dazu Thomssen, S. 84

Gesellschaft in den Aufsichtsrat der Konzernspitze zu wählen[1].

Grundlegend anders können die Verhältnisse dann sein, wenn dem Konzern verhältnismäßig wenige Konzernunternehmen angehören und ein Gliedunternehmen aufgrund seiner hohen Belegschaftszahl allein die Möglichkeit hat, die gesamte oder nahezu die gesamte Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat der Muttergesellschaft zu besetzen[2]. Dann kann es an einem Bewußtsein gemeinsamer Konzernverantwortung und der Verfolgung einer eigenständigen Konzerngesamtstrategie der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Muttergesellschaft fehlen. Dies führt zu einer Verlagerung der Arbeitnehmerinteressenvertretung aus diesem einen Gliedunternehmen in den Aufsichtsrat der Konzernspitze, so daß Konflikte zwischen der Obergesellschaft und der einen Untergesellschaft wegen der besonderen Sitzverteilung im Aufsichtsrat der Muttergesellschaft ausgetragen werden[3]. Aber selbst hier dürften solche Arbeitnehmervertreter, die sich ihrer Stellung als Gesamtarbeitnehmervertreter des Konzerns bewußt sind, die psychologische Einstellung haben, keine übertrieben einseitige Interessenvertretung zu Lasten anderer Konzernunternehmen und deren Arbeitnehmer zu betreiben[4].

---

1 Hinzu kommt, daß sich die Arbeitnehmer der einzelnen Konzernunternehmen bzw. die in ihnen vertretenen Gewerkschaften in der Regel bei der Auswahl der Arbeitnehmervertreter in der Weise absprechen werden, daß im Aufsichtsrat der Muttergesellschaft ein buntes Bild von Arbeitnehmervertretern aus den verschiedenen Konzerngliedern besteht. Eine gewisse Gewerkschaftsrivalität kann allerdings nicht ausgeschlossen werden

2 Inwieweit das möglich ist, hängt von der Art des Wahlverfahrens ab; Nach BAG DB 76, S. 247 muß zumindest ein Arbeitnehmervertreter aus dem herrschenden Unternehmen kommen

3 In der Mehrzahl aller Fälle dürfte das herrschende Unternehmen gegenüber einzelnen abhängigen Gesellschaften die höhere Arbeitnehmerzahl haben, Froehlich/Wagner, a.a.O., S. 229

4 In der Praxis besteht oft eine Identität zwischen Arbeitnehmervertretern in der Unter- und Obergesellschaft, Hoffmann, BB 74, S. 1279; hier besteht besonders ein Interessenkonflikt

Auch wenn jedes abhängige Unternehmen und das herrschende Unternehmen rechtlich selbständig bleibt und eigene Arbeitnehmer hat, ist der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft ein Bindeglied zwischen allen dem Konzern angehörenden Arbeitnehmern und deren im Gesamtzusammenhang zu sehenden Belangen, die ein Zusammengehörigkeitsbewußtsein[1] entwickeln.

Im Regelfall haben Arbeitnehmervertreter aus verschiedenen dem Konzern angehörenden Unternehmen Sitz und Stimme im Aufsichtsrat der Konzernspitze. Das erschwert das Bestreben, aus einer Vielfalt besonderer Arbeitnehmerinteressen einen Interessenmonismus auf Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat der Obergesellschaft zu formen[2]. Jede Maßnahme der Konzernspitze gegenüber den Konzerngliedern kann auf jedes einzelne Glied unterschiedliche Auswirkungen haben. Insofern erscheint es fraglich, inwieweit man im Aufsichtsrat der Obergesellschaft von einer interesseneinheitlich ausgerichteten Arbeitnehmerbank ausgehen kann. Gerade die unterschiedlichen Auswirkungen einer geplanten Maßnahme des herrschenden Unternehmens erfordern aber von der Arbeitnehmerseite her ein Übereinkommen und die Bildung eines gemeinsamen Konzernbewußtseins, will die Arbeitnehmerseite nicht die Geschlossenheit und somit das Fundament ihrer Stärke im Aufsichtsrat der Obergesellschaft verlieren.

bb) Gliedpolitikverfolgung

Ganz anders ist dagegen die Situation bei den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat der einzelnen abhängigen Unternehmen.
Weil sie ihre Legitimation nur von den der jeweiligen Gesellschaft angehörenden Arbeitnehmern erfahren, ist ihr

---

1 Siehe dazu Gürtler, Das MitbGespräch 57, Heft 6, S. 6

2 Siehe dazu Willgerodt in Mitbestimmung-Ordnungselement oder politischer Kompromiß, S. 9 ff, 2o

Tätigkeits- und Verantwortungsbereich begrenzt. Ihr Wahlauftrag bezieht sich auf die Vertretung der spezifischen Interessen ihrer Gesellschaft und deren Arbeitnehmer, denn allein von ihnen leiten sie ihre Aufsichtsratsposition ab. Größtenteils wird den Aufsichtsratsmitgliedern auch der Überblick über die der eigenen Gesellschaft hinausgehende Konzerngesamtheit fehlen.
Daß sich die Mitbestimmung im Aufsichtsrat der Untergesellschaften nur auf das einzelne abhängige Unternehmen und seiner Interessen bezieht, ist nicht verwunderlich[1], solange der Konzern einen Zusammenschluß von einer Vielheit seiner Glieder zu einer wirtschaftlichen, aber nicht rechtlichen Einheit darstellt. Der Konzerntatbestand ist in mancherlei arbeitnehmerbezogener Hinsicht noch nicht genügend gesetzlich erfaßt. Der Mitbestimmung kommt unter anderem die wesentliche Funktion einer Arbeitsplatzsicherung zu. Der gesetzliche Arbeitsplatzschutz allerdings konzentriert sich nur auf das einzelne, rechtlich unverbundene Unternehmen, nicht aber auf den Konzern als solchen[2], was eine Folge der juristischen Selbständigkeit der Konzernunternehmen ist.
Weiterhin muß berücksichtigt werden, daß jedes abhängige Unternehmen um so weniger Aufsichtsratssitze in der Muttergesellschaft wird besetzen können, je mehr abhängige Unternehmen sich im Konzernverbund befinden, da eine beschränkte Aufsichtsratsmitgliederzahl aus Gründen einer effektiven Arbeit vorgeschrieben werden muß. Oftmals aber besteht ein Konzern aus mehr Tochterunternehmen, als Aufsichtsratssitze in der Obergesellschaft vorhanden sind[3]. Auch hierin zeigt sich die Tendenz der eigenständigen Interessenvertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens eines Konzerns.
Die Blockierung einer Maßnahme der Konzernspitze in der

---

1 Thomssen, S. 84

2 zB das Kündigungsschutzgesetz

3 Siehe Froehlich/Wagner, a.a.O., S. 229; Willgerodt, a.a.O., S. 19

Untergesellschaft durch den interesseneinheitlichen Arbeitnehmerblock kann zwar negative Auswirkungen für andere Tochtergesellschaften und deren Arbeitnehmer haben. Aber allein die Legitimation der Arbeitnehmeraufsichtsratsmitglieder wird ihnen das Gefühl der alleinigen Verpflichtung gegenüber ihren Wählern geben. Das heißt, sie werden vornehmlich die Interessen des einzelnen abhängigen Unternehmens und seiner Beschäftigten vertreten, nicht aber die der Gesamtarbeitnehmerschaft im Konzern.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Konzernspitze und im Aufsichtsrat abhängiger Unternehmen keine gleichartigen Interessen aufweisen, die ihr Entscheidungsverhalten gleichgerichtet aussehen läßt[1]. Der Grund dafür liegt in der Verschiedenheit ihrer Legitimation und der ihnen zugewiesenen Funktion. Keineswegs können die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Muttergesellschaft allgemein als verlängerter Arm der Arbeitnehmervertreter der Untergesellschaften angesehen werden. Während die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Untergesellschaften ureigene Belange ihres Unternehmens und seiner Belegschaft berücksichtigen werden, ja geradezu dazu berufen sind,werden die Aufsichtsratsmitglieder auf Arbeitnehmerseite in der Konzernspitze zumindest langfristig gesehen eine Konzerngesamtstrategie entwerfen und ihre Entscheidung daran ausrichten. Diskrepanzen zwischen den Mitbestimmungsrepräsentanten in Ober- und Untergesellschaft sind danach nicht auszuschließen.

---

1 Siehe dazu auch Kittner, AuR 76, S. 6 ff, 14/15

2) Homogenität der Personalentscheidungen in der Tochtergesellschaft

a) Der Aufsichtsrat auf Anteilseignerseite unter Einbeziehung eines mitbestimmungsrechtlichen Kumulationseffektes

Da sich der Konzern aus mehreren rechtlich selbständigen Gliedunternehmen zusammensetzt, diese aber unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens stehen, ist es für das herrschende Unternehmen von Bedeutung, daß zwischen der Führungsspitze des Konzerns und den Vertretern des herrschenden Unternehmens im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaften eine homogene Personalverbindung besteht, die dafür Gewähr bietet, die Muttergesellschaft als Trägerin der Einheit des Ganzen darzustellen.
Der Sinn der einheitlichen Leitung durch die Konzernspitze liegt gerade darin, den Tochtergesellschaften geschlossen mit einer fest umrissenen Konzerngesamtstrategie gegenüberzutreten, um damit die Autorität und Anerkennung als Planungs- und Entscheidungszentrale zu wahren.

Für die Einheit des Konzerns ist es deshalb wichtig, daß die Vertreter des herrschenden Unternehmens zumindest in den Aufsichtsräten von Tochtergesellschaften, die ein wichtiges Glied in der Konzernkette bilden, einen umfangreichen Informationsstand über die unternehmerischen Geschehnisse in der Muttergesellschaft haben. Nur so können konzernpolitische Maßnahmen in den Aufsichtsräten der Untergesellschaften konzerngesamtstrategisch richtig beurteilt werden.

Bislang wird diese Homogenität größtenteils durch Personalunion hergestellt. In den Aufsichtsräten der Tochtergesellschaften sitzen auf der Anteilseignerseite als Vertreter des herrschenden Unternehmens Vorstandsmitglieder oder leitende Angestellte der Konzernspitze. Diese personelle Verknüpfung ist grundlegender Bestandteil der einheitlichen Leitungsausübung der Muttergesellschaft. Aufgrund der täglichen Konfrontation mit Fragen der Konzernpolitik haben diese Aufsichtsratsmitglieder einen umfassenden Gesamtüberblick. Es ist wenig glaubwürdig, daß von dieser Seite in den Aufsichtsräten der Untergesellschaften

inhaltlich ein anderer Wille gebildet würde als der in der Konzernspitze vorherrschende.
Mit Einführung paritätischer Mitbestimmung ergibt sich deshalb die Frage, welche Auswirkungen sie auf die Personalstruktur der Anteilseignerseite im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaften und damit auf die einheitliche Willensbildung der Obergesellschaft hat.
Die Wahl der Aufsichtsratsmitglieder stellt für das herrschende Unternehmen eine Geschäftsführungsmaßnahme dar, für die der Vorstand zuständig ist. Er allein, eventuell mit Zustimmung des Aufsichtsrats, hat es in der Hand, für eine homogene Personalentscheidung in den Tochtergesellschaften zu sorgen. Dabei ist allerdings noch nicht berücksichtigt, daß der Vorstand der Muttergesellschaft bereits von einem paritätisch besetzten Aufsichtsrat bestellt ist. Der Mitbestimmungseinfluß der Arbeitnehmer könnte sich also für den Fall, daß Vorstandsmitglieder oder von ihnen abhängige Angestellte der Obergesellschaft in den Aufsichtsrat der Untergesellschaften gewählt sind, wegen der dortigen, bereits gleich stark bestehenden Vertretung der Arbeitnehmer kumulieren. Um dem vorzubeugen, bestimmt schon § 32 Abs. 1 MitbG 76[1], daß bei der Wahl der Anteilseignervertreter zum Aufsichtsrat abhängiger Unternehmen nur die Anteilseigner im Aufsichtsrat der Konzernspitze wahlberechtigt sind. War es bislang so, daß von der Obergesellschaft Vorstandsmitglieder oder leitende Angestellte in den Aufsichtsrat der Untergesellschaft gewählt wurden, könnte die paritätische Mitbestimmung dazu führen, daß die Anteilseigner in der Muttergesellschaft davon Abstand nehmen, sondern nur solche Vertreter, die voll und ganz ihren Erwartungen in bezug auf die Vertretung ihrer Interessen entsprechen. Dieses Interesse kann nicht mit dem Interesse aller in der Obergesellschaft wirkenden Interessenfaktoren, die der Vorstand zum Ausgleich bringt, übereinstimmen. Mithin handelt es sich um eine einseitige Interessenausrichtung der Anteilseigner.
Ob eine Regelung iS. von § 32 MitbG 76 sinnvoll ist oder nicht, mag hier dahinstehen. Auch trotz einer solchen Vorschrift wird es zu einer homogenen Personalentscheidung im Konzern

1 § 15 Montan-MitbG nachgebildet; bis auf den Abschluß von Unternehmensverträgen vgl. auch § 29 RegE MitbG 74

kommen. Ist eine große Publikums-AG[1] herrschendes Unternehmen eines Konzerns, so hatte der Vorstand gegenüber den Anteilseignervertretern im Aufsichtsrat bisher eine weitgehende Autonomie, die dem Vorstand Macht und Stärke verschaffte und die Aktionärsvertreter meist das tun ließ, was der Vorstand von ihnen erwartete[2]. Daran wird sich auch durch die paritätische Mitbestimmung nichts ändern.

Der Vorstand einer Publikums-AG übt die Personalinitiative in bezug auf die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat der Gesellschaften aus. Ihm kommt somit der maßgebliche Einfluß auf die Wahl durch die Hauptversammlung zu[3]. Zur Pflege von Geschäftsbeziehungen sitzen auf der Anteilseignerseite größtenteils Vertreter der Geschäftspartner des Unternehmens[4]. Da damit zu rechnen ist, daß der Vorstand der Konzernspitze auch weiterhin die Vorschlagsinitiative ergreifen wird, werden die Anteilseignervertreter wie bisher dem Vorschlag des Vorstandes Folge leisten. Dies sowohl deshalb, weil die Vertreter der Geschäftspartner an weiteren geschäftlichen Beziehungen mit dem Konzern interessiert sind[5], als auch wegen ihrer auf Initiative des Vorstands hin erfolgten Wahl. Trotz einer Vorschrift iS von § 32 MitbG 76 wird bei paritätischer Mitbestimmung weiterhin eine Homogenität der Personalentscheidung im Aufsichtsrat der Untergesellschaften gesichert bleiben. Der Einfluß des Vorstands der Muttergesellschaft auf die Auswahl der Vertreter des herrschenden Unternehmens für die Wahl zum Aufsichtsrat der Tochtergesellschaften nimmt zwar merklich ab, wenn ein Mehrheitsaktionär im Aufsichtsrat der Obergesellschaft sitzt. Trotzdem dürfte sich auch hier an

---

1 Kennzeichen: Aktienbesitz weit gestreut

2 Kittner, ZHR 136 (1972), S. 227; Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 72 unter 4o;

3 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 32 unter 9.

4 Zur Bedeutung Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 72 unter 4o.; siehe auch Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt, S.241

5 Zu den Bankenvertretern Großfeld, Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration, S. 28

der Entsendung von Vorstandsmitgliedern oder leitenden Angestellten durch das herrschende Unternehmen nichts ändern. Das Argument, der Arbeitnehmereinfluß im paritätisch besetzten Aufsichtsrat der Tochtergesellschaften würde sich kumulieren, wäre nur dann stichhaltig, wenn die Interessen von Vorstand und leitenden Angestellten mitbestimmungsrechtlich gesehen mit den Interessen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Untergesellschaft identisch wären.

Den Vorstandsmitgliedern oder leitenden Angestellten des herrschenden Unternehmens als dessen Vertreter auf Anteilseignerseite im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens geht es vornehmlich darum, daß die in der Obergesellschaft festgelegte Konzernpolitik in den Untergesellschaften möglicherweise sogar gegen den Widerstand der dortigen Arbeitnehmervertreter zur Geltung kommt. Als Repräsentanten des herrschenden Unternehmens verfolgen Vorstandsmitglieder oder leitende Angestellte in erster Linie die Interessen des Konzernganzen und erst in zweiter Linie die Interessen der einzelnen abhängigen Gesellschaft. Es ist keineswegs so, daß die Konzernpolitik den Belangen der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaften weicht.
Jedes andersartige Vorgehen des Mehrheitsaktionärs in der Konzernspitze ist nur zum Schaden der Konzerneinheit und des Ansehens des Konzerns in der Öffentlichkeit.

b) Der Vorstand

aa) Bei echter paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung

Da der Vorstand der Tochtergesellschaft diese grundsätzlich unter eigener Verantwortung zu leiten hat, kommt es darauf an, daß sich der Tochter-Vorstand im Interesse der Einheit des Konzerns an der in der Konzernspitze festgelegten Konzernpolitik orientiert. Dies ist solange gewährleistet, wie der Vorstand der Tochtergesellschaft zu den Vertretern des herrschenden Unternehmens im Aufsichtsrat entweder in einem Verhältnis einseitiger (Wahl-) Abhängigkeit steht oder dann, wenn die Vorstandsmitglieder eine Verbundenheit mit den unternehmerischen Zielen des herrschenden Unternehmens auszeichnet[1].
Die Obergesellschaft hat infolge paritätischer Besetzung des Aufsichtsrats der Tochtergesellschaft ihren maßgeblichen Einfluß auf die Bestellung des Vorstands verloren. Durch die Parität ist der Vorstand der Tochtergesellschaft in seinen Entscheidungen von einer bestimmten Seite unabhängiger geworden[2]. Dieser Umstand muß nicht, kann aber Auswirkungen auf die Durchsetzung einheitlicher Leitung der Konzernspitze im paritätisch mitbestimmten abhängigen Unternehmen haben. Es ist nicht mehr garantiert, daß die Vorstandsmitglieder vom mehrheitlich beteiligten Unternehmen auf die Konzernpolitik festgelegt sind und ihr stets folgen. Die Ausführung der Konzernpolitik durch den Vorstand paritätisch mitbestimmter Untergesellschaften

---

1 Siehe dazu Schmidt in Beiträge zur Aktienrechtsreform, S. 42 ff, 45; zur Erfahrungssammlung wird der Führungsnachwuchs des herrschenden Unternehmens zuerst in Tochterunternehmen eingesetzt

2 Martens, ZHR 138 (1974), S. 199; Seidel in Mitbestimmung und Wirtschaftspolitik, S. 233 ff, 261/162; Bayer, DB 75, S. 1173

ist über die Vorstandswahl nicht mehr umfassend abgesichert. Selbst wenn sich die Arbeitnehmervertreter der Vorstandspersonalinitiative bis auf den Arbeitsdirektor[1] enthalten sollten[2] und die Vertreter des herrschenden Unternehmens (-mit den Stimmen der Arbeitnehmervertreter-) ihre Kandidaten für den Vorstand wählen können, ist damit nicht garantiert, daß sich diese derart gewählten Vorstandsmitglieder konzerngetreu verhalten können, wenn auch ihr Wille in diese Richtung gehen wird. Es bleibt nämlich zu bedenken, daß sich die Arbeitnehmervertreter, mögen sie sich auch der Vorstandskandidatenvorschläge enthalten, nicht zugleich der Überwachung des Vorstands und der Wahrnehmung ihrer Einflußmöglichkeiten auf den Vorstand begeben[3].
Es kommt hinzu, daß die Bestellung durch den Gesamtaufsichtsrat unter Einschluß der Arbeitnehmervertreter einem konzerngetreuen Verhalten Schranken setzt. Der Vorstand kann sich dem gleichberechtigten Einfluß der Arbeitnehmerseite im Aufsichtsrat nicht entziehen. Ohne Rücksichtnahme auf die Belange der Arbeitnehmer vermag ein derartig gewählter Vorstand in der Untergesellschaft keine umfassende konzernorientierte Politik zu betreiben.
Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß konzerneinheitliche Personalentscheidungen in den Tochterunternehmen bei mehrstufiger paritätischer Konzernmitbestimmung erschwert werden, weil die Personalhoheit des herrschenden Unternehmens nicht mehr vorhanden ist.

bb) Bei Durchbrechung echter Parität

aaa) Auswirkungen des § 28 Abs. 4 Satz 2 und 3 RegE MitbG 74

Bei echter paritätischer Aufsichtsratmitbestimmung kann die Obergesellschaft nicht mehr autonom bestimmen, wer die

---

1 Zum Arbeitsdirektor § 33 MitbG 76

2 So im Montanbereich, siehe Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 49 unter 56.; Brinkmann-Herz, S. 145

3 Insb. in Bereichen, die wichtige Arbeitnehmerinteressen berühren, z.B. Rationalisierung, Betriebsstillegung

Leitung der Untergesellschaft übernehmen soll. Eine solche Autonomie ist nur dort gegeben, wo die herrschende Gesellschaft ohne die Arbeitnehmervertreter entscheiden kann. Die einzige Institution in diesem Sinn stellt die Hauptversammlung dar.

Nach § 28 Abs. 4 Satz 3 RegE MitbG 74 fällt der Hauptversammlung nur dann nach maximal je einem Vorschlag von Aufsichtsratsvorsitzendem und seinem Stellvertreter[1] (Satz 2) das Letztentscheidungsrecht bei der Vorstandsbestellung zu, wenn nach drei vorangegangenen Wahlgängen[2] die erforderliche Mehrheit nicht erreicht wird[3]. Die Vorstandspersonalhoheit des herrschenden Unternehmens ist zumindest rechtlich gewährleistet.

Die Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung der Untergesellschaft gehört zu den Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands der Obergesellschaft. Der Vorstand der Obergesellschaft ist auch von den im Aufsichtsrat sitzenden Arbeitnehmervertretern der Untergesellschaft abhängig. Diese Tatsache läßt eine Rücksichtnahme auf die Vorstellungen dieser Arbeitnehmervertreter in bezug auf Vorstandskandidaten geboten erscheinen. Der fehlende Kompromiß in der Frage der Vorstandsbestellung im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens würde sich faktisch im Vorstand der Konzernspitze bei der Stimmrechtsausübung in der Hauptversammlung der Tochtergesellschaft fortpflanzen. Bei einem Letztentscheid der Hauptversammlung aber greift die Regelung des § 29 Abs. 1 RegE MitbG 74 ein[4], nach der unter anderem bei Ausübung von Beteiligungsrechten, zB der Bestellung von Verwaltungsträgern, die Mehrheit der Stimmen der Aufsichtsratsmitglieder auf Anteilseignerseite für eine Bindung des Vorstands ausreicht. Unter den Begriff des Verwaltungsträgers fallen nicht nur

---

1 Dabei entspricht es der Praxis, daß einer der beiden vom herrschenden Unternehmen gestellt wird

2 § 28 Abs. 2 - Abs. 4 Satz 1 RegE MitbG 74

3 Unklar insoweit Hoffmann, BB 74, S. 1280, wenn er davon redet, der Vorstand des herrschenden Unternehmens könne die Personalentscheidung durch die Hauptversammlung erzwingen

4 Vgl. §§ 15 Montan-MitbG, 32 MitbG 76

Aufsichtsratsmitglieder[1], sondern auch Mitglieder des zur gesetzlichen Vertretung befugten Organs[2]. Eine andere Auslegung verbietet sich schon deshalb, weil es ein leichtes gewesen wäre, klar und deutlich in einer derartigen Vorschrift die Rechte der Anteilseigner auf Aufsichtsratsmitglieder zu beschränken. Stattdessen aber hat man den umfassenden Begriff des Verwaltungsträgers verwandt.
Daraus folgt, daß der paritätisch gewählte Vorstand der Obergesellschaft bei einem Letztentscheidungsrecht der Hauptversammlung zwar rechtlich einen Einfluß auf die Vorstandsbestellung in der Untergesellschaft hat[3]. Maßgebend ist aber in erster Linie nicht, daß das herrschende Unternehmen eine rechtlich abgesicherte Vorstandspersonalhoheit hat, sondern die Frage, inwieweit sich diese verwirklichen läßt und welche Auswirkungen sie auf die konzerneinheitliche Leitung hat.
Der Verfahrensweg bis zur Letztentscheidung der Hauptversammlung ist bewußt so umständlich angelegt, um die Aufsichtsratsblöcke schon vorher zur Einigung zu zwingen[4]. In der Tat könnten sich bezüglich der Durchführung eines solchen Vorgehens weitreichende Schwierigkeiten in der Praxis ergeben.
Man muß von dem realistischen Fall ausgehen, daß auf Anteilseignerseite im Aufsichtsrat der Untergesellschaft Vorstandsmitglieder der Obergesellschaft sitzen, die ihrerseits von einem paritätisch besetzten Aufsichtsrat unter Beteiligung von Arbeitnehmervertretern der Untergesellschaft gewählt sind. Bei dieser Sachlage können es sich die Vorstandsmitglieder als Vertreter des herrschenden Unternehmens kaum leisten, ihren Kandidaten aufgrund des Vorschlagsrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden oder seines Stellvertreters, von denen einer mit Bestimmtheit

---

1 A.A. wohl Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 31; Bayer, DB 75, S. 1173

2 Hoffmann, GmbH-Rundschau 74, S. 76; Kötter, § 15 MitbErgG, Anm. 4; Boldt, § 15 MitbErgG, Rdnr. 12

3 Unrichtig insoweit Hoffmann, BB 74, S. 1280, wenn er meint, der Konzernvorstand mache den Bestellungsvorschlag

4 Ehrenberg, Deutscher Bundestag, 7. Wahlperiode, 110. Sitzung, Stenogr. Berichte, Erste Beratung zu BT-Drucksache 7/2172, S. 7542

ein Vorstandsmitglied der Konzernspitze ist, über den Weg des Letztentscheids durchzubringen. Immerhin ist die Vorstandsbestellung das wichtigste Recht der Arbeitnehmermitbestimmung.
Im seltensten Fall dürfte die Sachlage auch so sein, daß sämtliche Verträge des Altvorstandes zum gleichen Zeitpunkt auslaufen. Bei jeder Wahl eines neuen Vorstandsmitglieds müßte die Hauptversammlung einberufen werden. Inwieweit hier organisatorische und unternehmenslähmende Probleme auftauchen, hängt von der Höhe des Beteiligungsbesitzes des herrschenden Unternehmens ab, wie auch von der Frage, wie sich der eventuelle Rest der Aktien aufteilt: weit gestreut oder in Händen eines oder weiterer Großaktionäre[1].
Zudem ist die Vorstandswahl eine höchst vertrauliche Angelegenheit, die nunmehr in die Hauptversammlung getragen und ausdiskutiert würde. Nur schwerlich dürften sich Bewerber finden lassen, die die gesamte Prozedur des § 28 Abs. 2 - Abs. 4 RegE MitbG 74 über sich ergehen lassen, bei der am Ende das Für und Wider ihrer fachlichen Qualifikation in der Öffentlichkeit ausgetragen würde[2].
Zu berücksichtigen bleibt ferner, daß eine sinnvolle Tätigkeit des Vorstands nur dann möglich ist, wenn er vom Vertrauen der Mehrheit des Aufsichtsrats getragen ist. Entscheidend ist aber, daß es sich die Konzernobergesellschaft nicht erlauben kann, mit Hilfe des beschriebenen Weges auf Konfrontationskurs mit der Arbeitnehmerschaft in der Untergesellschaft zu gehen. Ohne Gegenwehr würden sich die Arbeitnehmervertreter ihr Teilhaberrecht an der Vorstandsbestellung nicht nehmen lassen. Ein bewußtes Unterlaufen dieses für

---

1 Zum Ganzen Lutter, a.a.O., S. 42/43; Franke, Erste Beratung zu BT-Drucksache 7/2172, a.a.O., S. 7474; Hansen, Handelsblatt vom 27.3.74, S. 3; Kruk, FAZ vom 25.2.74, S. 13, nach dem die Anteile bei der großen Mehrzahl aller unter den RegE fallenden Gesellschaften sich überwiegend oder ganz in fester Hand befinden; Hoffmann, BB 74, S. 1280 hält das Verfahren des § 28 Abs. 4 Satz 3 RegE MitbG 74 nur bei 100 %igem Beteiligungsbesitz für praktikabel; siehe auch Arendt, Erste Beratung zu BT-Drucksache 7/2172, S. 7463, a.a.O.

2 Siehe Arendt, a.a.O.; Hansen, a.a.O.; Ballerstedt, ZRP 74, S. 290 ff, 291; Martens, ZHR 138 (1974), S. 211

sie wichtigen Rechts kann zu harten Auseinandersetzungen auf anderen Gebieten führen, was dem Interesse aller Beteiligten und einer wirksamen Konzernführung abträglich wäre[1]. Spätestens bei zustimmungsbedürftigen Geschäften käme der Arbeitnehmereinfluß heftiger denn je zum Tragen. Soll die Personalhoheit im Interesse der Gewährleistung konzerneinheitlicher Leitung auch tatsächlich durchgesetzt werden, bleibt der Obergesellschaft, soll dieses Bemühen von Erfolg sein, insbesondere im vertragslos organisierten Konzern nichts anderes übrig, als den Konfrontationskurs in der Untergesellschaft ständig beizubehalten[2]. Eine für das Konzernganze unerträgliche Situation. Es bleibt festzuhalten, daß § 28 Abs. 4 Satz 3 RegE MitbG 74 wegen der damit verbundenen Folgewirkungen sowohl aus der Sicht des praktischen Erfolges als auch der Durchführung in der Konzernpraxis ein kaum taugliches Mittel für AG-Konzerne ist[3], eine einheitlich personelle Struktur im Konzern herzustellen, um auf diese Weise die einheitliche Leitung zu garantieren.

bbb) Einfluß des MitbG 76

Nach der gesetzlichen Konzeption wird die Vorstandswahl allein im Aufsichtsrat entschieden. Der Wahlmodus ist vordergründig auf strikte Parität angelegt, das heißt Zwang zur Kooperation zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern[4]. Ob sich diese Kooperation allerdings verwirklichen läßt, muß wegen des Zweitstimmrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden[5], der

---

1 Martens, a.a.O., S. 211

2 Die Folge wäre, daß sich der Aufsichtsrat der Untergesellschaft selbst ausmanövrieren müßte und nur der Vorstand im Zusammenspiel mit der Hauptversammlung die Geschäftsführung wahrnehmen würde; in der Obergesellschaft könnte sich das gleiche Spiel fortsetzen

3 Ehrenberg, a.a.O.: "Nicht in einem von tausend Fällen"; zu optimistisch und nur auf die rechtliche Möglichkeit abstellend Farthmann, Die Quelle 74, S. 97 ff, 98: "Die Unternehmensleitungen (bleiben) in der alleinigen Abhängigkeit gegenüber der Kapitalseite"

4 Raiser, BB 76, S. 145

5 § 31 Abs. 4 MitbG 76: bei der 3. Abstimmung

nicht gegen die Stimmen der Anteilseigner gewählt werden kann[1], stark bezweifelt werden[2], auch wenn sich das Zweitstimmrecht im Interesse einer vertrauensvollen Zusammenarbeit mit der Arbeitnehmerseite nicht dauernd praktizieren lassen wird. In rechtlicher Hinsicht ist die im 3. Wahlgang eingreifende Zweitstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden für die Obergesellschaft zumindest Garant für die Vorstandspersonalhoheit in der Untergesellschaft. Die Wahl eines konzerngetreuen Vorstands in der Tochtergesellschaft ist demzufolge rechtlich sichergestellt.

Sollten die Anteilseigner bei Aufsichtsratssitzungen häufiger als die Arbeitnehmer nicht vollzählig sein, so daß man schon von keiner Ausnahmeerscheinung mehr reden kann, besteht die Möglichkeit, daß es erst gar nicht zum Eingreifen des Zweitstimmenrechts des Aufsichtsratsvorsitzenden kommt, wenn die Arbeitnehmerseite geschlossen abstimmt. Daß die Anteilseignervertreter oft nicht vollzählig anwesend sind, mag aufgrund einer übermäßigen Ämterhäufung[3] und daraus folgenden terminbedingten Überschneidungen nicht auszuschließen sein. Im seltensten Fall aber werden Vorstandsbestellungen in verschiedenen Gesellschaften terminlich so zusammenfallen, daß einem Anteilseignervertreter nur eine Auswahlmöglichkeit verbleibt. Insbesondere die Vertreter des herrschenden Unternehmens in den Aufsichtsräten der Tochtergesellschaften können aufgrund ihres Konzerngesamtüberblicks schon weit im voraus terminlich so planen, daß sie bei anstehenden Vorstandswahlen in den Aufsichtsräten der Untergesellschaften zugegen sind. Eine Vorstandswahl ist keine häufige Angelegenheit[4]. Eine so wichtige Entscheidung dürfte von den Anteilseignervertretern stets vorrangig behandelt werden. Bei Vorstandswahlen in den Untergesellschaften dürften somit die Vertreter des herrschenden Unternehmens in der Mehrzahl aller

---

1 § 27 MitbG 76

2 Skeptisch auch Raiser, a.a.O., S. 146

3 Zur Höchstzahl der Aufsichtsratsmandate vgl. § 1oo Abs. 2 Satz 1 Ziff. 1 und Satz 2 AktG

4 Bestellung in der Regel auf 5 Jahre, § 84 Abs. 1 Satz 1 AktG

Fälle vollständig vertreten sein, sieht man einmal von krankheitsbedingten Ausfällen ab, bei denen das Häufigkeitsrisiko zwischen Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern gleichermaßen verteilt ist.
Ob es sich das herrschende Unternehmen tatsächlich wird erlauben können, mit Hilfe des Stichentscheids stets eine personelle Vorstandsentscheidung in der Tochtergesellschaft in seinem Sinn herbeizuführen, ist fraglich. Nimmt man den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat der Untergesellschaft das Recht jeglicher Vorstandspersonalinitiative[1], so kann dies bei Sachentscheidungen sowohl im Aufsichtsrat der Unter- als auch der Obergesellschaft Rückwirkungen haben. Es darf nicht verkannt werden, daß die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat numerisch gleich stark vertreten sind und im Vergleich zur BetrVG-Mitbestimmung ein der numerischen Parität entsprechendes Bewußtsein und eine veränderte Grundeinstellung einnehmen. Allein die numerische Stärke verleiht ihnen trotz des zweifachen Stimmrechts des Anteilseigner-Aufsichtsratsvorsitzenden eine Rechtsposition, die, wann immer es die Umstände im Aufsichtsrat der Untergesellschaft erlauben, gegegen die Interessen der Konzernspitze ausgenutzt werden können[2]. Jede Gunst der Stunde, die das herrschende Unternehmen nicht vollständig repräsentiert sieht (aus welchen Gründen auch immer), kann von der Arbeitnehmerseite zum Schaden der Konzernpolitik ausgenutzt werden. Allerdings wird man berücksichtigen müssen, daß die Vertreter des herrschenden Unternehmens bei konzernpolitisch wichtigen Entscheidungen, die im allgemeinen nicht kurzfristig geplant werden, im Aufsichtsrat der Tochter in aller Regel anwesend sind. Durch die

---

1 Echte Auswahl, Kontrolle und Beeinflussung des Vorstands ist das erstrebte Ziel der Arbeitnehmervertreter, vgl. Farthmann, Die Quelle 74, S. 98; auch die Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 1o4/1o5 unter 2o. hatte zunächst erwogen, wegen der Bedeutung der Vorstandswahl den Aufsichtsrat für diesen Fall paritätisch zu besetzen, ist dann aber wieder davon abgewichen

2 Zum Ganzen ausführlich und unter Berücksichtigung verschiedener Fallkonstellationen Philipp, a.a.O., insbesondere S. 196 und 197; Raiser, BB 76, S. 148 spricht von einer Gefahr der Enttäuschung der Arbeitnehmer, wenn sie zunächst auf den Schein der Parität vertrauen

Tagesordnung in der Aufsichtsratssitzung sind der Arbeitnehmerseite weitere Grenzen gesetzt.
Natürlich kommt es auch hier darauf an, um welche Konzernart es sich handelt. Eine derartige Verhärtung der Fronten im Aufsichtsrat ist für den faktischen Konzern ungünstiger zu beurteilen als für den Vertrags- oder Eingliederungskonzern. Solche Konfrontationen im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaften dürfen aber nicht dramatisiert werden, weil im Regelfall mancher Vorstandsbewerber in der Praxis auch die Zustimmung der Arbeitnehmerseite finden und es nur selten vorkommen wird, daß sich Arbeitnehmervertreter und Anteilseigner bei allen Vorstandsbestellungen wie zwei Blöcke bis zum Stichentscheid gegenüberstehen. Hinzu kommt, was bereits gesagt wurde: jedes Vorstandsmitglied kann nur dann harmonisch mit dem Aufsichtsrat zusammenarbeiten, wenn es weiß, daß es die Mehrheit der Aufsichtsratsvertreter hinter sich hat[1]. Sind die Anteilseignervertreter aber in der Untergesellschaft im Einzelfall gewillt, die Zweitstimme des Aufsichtsratsvorsitzenden (wenn erforderlich) einzusetzen, gilt der Grundsatz "Mehrheit gleich Mehrheit"[2]. Das zweifache Stimmrecht vermittelt dem herrschenden Unternehmen jedenfalls ein spürbares Übergewicht gegenüber den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, das sich auf die konzerneinheitliche Leitung positiv bemerkbar macht.

3) Auswirkungen paritätischer Mitbestimmung auf die Vorstandsbestellung in der Konzernspitze

a) Echte paritätische Mitbestimmung

Konzernpolitische Entscheidungen trifft der Vorstand der Konzernspitze als geschäftsführendes Organ in eigener Verantwortung. Ihm obliegt die Aufgabe der Konzernleitung. Deshalb verdient der Vorstand der Obergesellschaft in bezug auf eine mögliche Veränderung seiner bisherigen Position besondere Aufmerksamkeit.

---

1 Dazu auch Raiser, a.a.O., S. 148

2 Siehe Raiser, a.a.O., S. 152

Es geht dabei einerseits nicht unmittelbar um die Frage, inwieweit konzerneinheitliche Leitung durch den Vorstand der Muttergesellschaft in den Untergesellschaften durchgesetzt werden kann. Andererseits ist es aber auch nicht ohne Belang, in welcher Art und Weise die paritätische Mitbestimmung in der Konzernspitze Einfluß auf den Inhalt konzernleitender Entscheidungen durch deren Vorstand selbst hat. Insofern kann der Inhalt konzernleitender Maßnahmen Auswirkungen positiver oder negativer Art hinsichtlich einer zügigen und reibungslosen Durchsetzung in den Untergesellschaften haben und deren Organe bzw. die in ihnen vertretenen Interessengruppen in ihrem Verhalten gegenüber Entscheidungen der Konzernspitze beeinflussen.

Der Begriff der Parität könnte zu der Annahme Anlaß geben, daß sie sich im mehrgliedrigen Vorstand der Konzernspitze personell in der gleichen Weise wie im Aufsichtsrat fortsetzt, so daß sich im Vorstand ein arbeitnehmer- und anteilseignerfreundlicher Block gegenüberstehen [1] [2]. Das setzt natürlich ein zwischen den Aufsichtsratsblöcken vereinbartes Wahlverfahren und -verhalten voraus, bei dem jede Partei ihre Kandidaten vorschlägt[3].
Wenn dem allerdings in der Praxis so wäre, hätte das für den Gesamtverbund Konzern weitreichende und unübersehbare Konsequenzen.
Regelmäßig hat jedes Vorstandsmitglied in einem mehrgliederigen Vorstand ein bestimmtes Ressort inne[4]. Für Entscheidungen von nicht außergewöhnlicher Bedeutung für das Unternehmen ist jeder Vorstandsressortleiter allein zuständig und verantwortlich[5]. Setzt sich die Parität in den einzelnen Ressorts in

---

1 Natürlich nur dann, was aber üblich ist, wenn der Vorstand aus mehreren Personen besteht, vgl. § 76 Abs. 2 Satz 1 AktG

2 In diesem Sinn Eick, FAZ vom 27.1.1975, S. 1; Rüthers FAZ vom 9.10.1975, S. 13; BDA, Stellungnahme des Arbeitskreises Mitbestimmung 74, S. 12

3 Eick, a.a.O.: "Beförderst du meinen, befördere ich deinen"

4 Abweichende Regelung von § 77 Abs. 1 Satz 1 AktG

5 Gutenberg, S. 76

der beschriebenen Weise fort, würden konzernleitende Maßnahmen gegenüber abhängigen Gesellschaften wegen der einseitigen Ausrichtung der Vorstandsressortleiter entweder primär unter dem Aspekt der Anteilseigner- oder Arbeitnehmerinteressen getroffen. Letztlich würde das bedeuten, daß die Ressortleiter als Vorstandsmitglieder nichts anderes als ein verlängerter Arm der Anteilseigner- oder Konzernarbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wären.
Aber auch unabhängig von der Ressorteinteilung oder bei Geschäften von außerordentlicher Bedeutung für den Konzern wären die Folgen unübersehbar.
Herrscht bei einem mehrgliedrigen Vorstand der Konzernspitze Gesamtgeschäftsführungsbefugnis (§ 77 Abs. 1 Satz 1 AktG), das heißt der Einstimmigkeitsgrundsatz[1], oder aufgrund Satzungsbestimmung oder Geschäftsordnung des Vorstands (§ 77 Abs. 1 Satz 2 1. HS AktG) der Mehrheitsgrundsatz[2], so prallen im Vorstand die verschiedenen von den Vorstandsmitgliedern vertretenen Interessen bei konzernleitenden Entscheidungen aufeinander. Auch die Institution des Vorstandsvorsitzenden schafft dann keine andere Lage. Ihm kann zwar durch Satzung oder Geschäftsordnung des Vorstands bei Stimmengleichheit sowohl ein Letztentscheidungsrecht[3] als auch ein Widerspruchsrecht gegen Beschlüsse der übrigen Vorstandsmitglieder[4] zugebilligt werden. Ausschlaggebend ist aber, daß der Vorstandsvorsitzende vom Gesamtaufsichtsrat gemäß § 84 Abs. 2 AktG bestellt wird. Ist im Vorstand eine Fortsetzung der Parität zu befürchten, wird jeder Block im Aufsichtsrat darauf beharren, daß einer seiner Vorstandsleute privilegiert wird, was am Ende dazu führt, daß überhaupt kein Vorstandsvorsitzender gewählt wird. Eine in diesem Sinn verstandene Fortsetzung der Parität bedeutet, daß die Konfliktsituation aus dem Aufsichtsrat in den Vorstand verlagert wird. Dabei stellt sich dann die Frage, weshalb der Vorstand nicht gleich mit

1 Godin/Wilhelmi, § 77 Anm. 2

2 Dazu Godin/Wilhelmi, a.a.O.; Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, § 77 Anm. 3

3 H.L., Meyer-Landrut, a.a.O., Anm. 5; Gutenberg, S. 75; Baumbach/Hueck, § 177 Rdnr. 7

4 Siehe Raisch, Bd. 2, S. 133/134

Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern besetzt und der Aufsichtsrat auf Kontrollbefugnisse im wahrsten Sinn des Wortes beschränkt wird. Dadurch würde der Vorstand seine historisch gewachsene Rolle als interessenmonistisches Organ verlieren[1].

Aus den Vorstandsmitgliedern muß eine beschlußfähige und damit auch funktionsfähige Einheit geschaffen werden. Ist dies nicht mehr gewährleistet, wird eine Unternehmensführung mangels Homogenität der Führungsspitze unmöglich[2]. Denn es ist nicht der Aufsichtsrat, der nach dem AktG die Geschäftsführung inne hat, sondern der Vorstand.

Zwar muß zugegeben werden, daß eine Fortsetzung des Interessenkonflikts nicht stets auszuschließen ist, im Ergebnis aber weitgehend nicht zu befürchten ist. Den Arbeitnehmer- und Anteilseignervertretern im Aufsichtsrat der Konzernspitze ist selbst daran gelegen, daß der Konzern rentabel arbeitet und sich auf dem Markt behauptet. Beide Seiten wissen selbst sehr gut, daß der Erfolg oder Mißerfolg des Konzerns von einem qualifizierten Management abhängt[3], das zu einer erfolgreichen Arbeit genügend Bewegungsfreiheit haben muß. Gegen eine starke einseitige Interessenvertretung einzelner Vorstandsmitglieder spricht vor allen Dingen ein dem sozialen Status, der Verantwortung und dem gesetzlichen Leitbild der eigenständigen Führung des Konzerns entsprechendes Bewußtsein. Eine strikte Paritätsfortsetzung würde bedeuten, daß sich der Vorstand selbst zum Objekt des Handelns von Arbeitnehmern und Anteilseignern macht[4]. Die noch im Interesse des Ganzen vorhandene Selbständigkeit der Vorstandsmitglieder wird weder von ihnen noch von den Vertretern im Aufsichtsrat angezweifelt werden. Trotz der Wahl durch

---

1 Siehe Raisch, Bd. 2, S. 133/134

2 Siehe Schilling, Festschrift Geßler 71, S. 159 ff, 163

3 Siehe auch Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 48 unter 54. und S. 49 unter 57.

4 Auch der Gesichtspunkt des Karrierestrebens ändert daran nichts; a.A. Vetter, FAZ vom 24.1.1974 in Wohin führt das Mitbestimmungsmodell 74 hrsg. vom BDA, S. 11/12

den paritätisch besetzten Aufsichtsrat und die damit in gewissem Maße verbundene faktische Abhängigkeit wird sich im Grunde nichts daran ändern, daß sie einen eigenen Führungsstil sowie eine Politik entwickeln werden, die nach ihren Vorstellungen allen vertretenen Interessen[1] im Konzern gerecht wird.
Auch bei paritätischer Mitbestimmung muß für den Vorstand in erster Linie einmal das Unternehmen (der Konzern) als Institution im Mittelpunkt stehen[2]. Erst von hier aus sind die Bezüge zu den verschiedenen Interessengruppen herzustellen. Nur so kann der Konzernvorstand seine Eigenständigkeit in der Konzernführung bewahren. Unbeachtlich ist in diesem Zusammenhang auch, daß der Vorstand mit paritätischer Mitbestimmung in seinem Entscheidungsverhalten insoweit präjudiziert wird, als er schon von sich aus Geschäftsführungsmaßnahmen unter dem Gesichtspunkt der Verträglichkeit mit Arbeitnehmerinteressen überprüfen muß. Mehr als dies vielleicht bisher der Fall gewesen ist. Für den Vorstand kann die paritätische Mitbestimmung sogar ein Vorteil sein, weil er von einer einseitigen Abhängigkeit befreit wird und somit aufgrund eines Neutralisationseffekts im Aufsichtsrat flexibler werden kann. Auch die Erfahrungen in der Montanindustrie ergeben keine gegenteiligen Anhaltspunkte[3]. Besonders interessant ist in diesem Zusammenhang die Beobachtung, daß vielfach neue Vorstandsmitglieder auf dem Weg der Kooptation[4] gewählt werden[5]. Auf diese Weise kann sich der Vorstand, falls der Aufsichtsrat darauf eingeht, solche Mitglieder in den Vorstand wählen lassen, die auch weiterhin die Interesseneinheit des Vorstands garantieren. Gerade der Vorstand hat über fachlich

---

1 Dazu gehören auch Zulieferer, Abnehmer etc

2 Siehe dazu insbesondere Sohl im Spiegel Gespräch, Der Spiegel vom 9.7.73, S. 46

3 Diese Erfahrungen sind allerdings nur mit Einschränkungen verwertbar. Brinkmann-Herz, S. 145 berichtet, daß außerhalb des Personal- und Sozialressorts die Arbeitnehmervertreter selbst darauf verzichtet haben, eigene Vorstandskandidatenvorschläge zu machen; siehe Rüthers, FAZ vom 9.10.75, S. 13

4 Das heißt, der Vorstand selbst ergreift die Initiative

5 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 48 unter 55.; Brinkmann-Herz, S.145

qualifizierte Führungskräfte einen viel besseren Überblick, so daß der Vorschlag des Vorstands, wenn auch nicht immer, so doch häufig vom Aufsichtsrat aufgenommen werden wird.

b) § 28 Abs. 4 RegE MitbG 74

Rechtlich bleibt es dabei, daß die Anteilseigner über den Letztentscheid der Hauptversammlung die Personalhoheit bei der Vorstandsbestellung haben[1]. In der Praxis jedoch werden sich in der Konzernspitze noch erheblich mehr Schwierigkeiten auftun als dies schon in der Untergesellschaft der Fall ist. Konzernobergesellschaften sind häufig reine Publikumsgesellschaften[2] mit einer Vielzahl von Kleinaktionären[3]. Selbst wenn ihre Stimmrechte zum Großteil über das Depotstimmrecht[4] von Bankinstituten ausgeübt werden sollten, entsteht ein solch großer organisatorischer Aufwand für die Abhaltung der Hauptversammlung, verbunden mit hohen Kosten[5], der in keinem Verhältnis zum Erfolg steht. Der Einfluß der Anteilseignervertreter ist recht schwach, weil sie meist auf Vorschlag des Vorstandes durch die Hauptversammlung gewählt werden und ihnen der Überblick über qualifizierte Vorstandskandidaten fehlt. Vielfach sitzen auf Anteilseignerseite auch gar keine Aktieninhaber, sondern aus Gründen der Pflege der Geschäftsbeziehungen Geschäftspartner der Konzernspitze, die keine typischen Aktionärsinteressen vertreten[6].
Selbst ein Mehrheitsaktionär wird es kaum wagen, die Letztentscheidung der Hauptversammlung herbeizuführen. Den Konzernarbeitnehmervertretern wird es gerade in der

---

1 Siehe S. 55

2 ZB Bayer, AEG, Siemens, Hoechst, BASF, Deutsche Bank, Dresdner Bank, Commerzbank

3 Bayer ca. eine halbe Million, Hansen, Handelsblatt vom 27.3.74, S. 3; Hoechst rund eine halbe Million, Frankfurter Rundschau vom 19.3.76, S. 6; siehe auch Lutter, Die Zeit vom 28.10.73, S. 41

4 Großfeld, S. 19: "Das Depotstimmrecht (ist) eine der wichtigsten Machtquellen der Verwaltung."

5 Ausführlich Hansen, a.a.O.; Kosten bei Bayer eine halbe Million DM, Hansen, a.a.O.

6 Siehe auch S. 54 ff

Konzernspitze, wo die Konzernpolitik festgelegt wird, darauf ankommen, einen gleichgewichtigen und -berechtigten Einfluß auf die Vorstandsbestellung zu haben. Wird er ihnen genommen, dürften unerträgliche Spannungen in der Konzernspitze die Folge sein, die auf die Untergesellschaften ausstrahlen. Im übrigen bestehen die bereits geschilderten Probleme fort.
§ 28 Abs. 4 Satz 3 RegE MitbG 74 ist daher in der Praxis kein geeignetes Mittel, eine die Interessen der Anteilseigner vertretende konzernleitende Unternehmensführung zu berufen.

c) MitbG 76

Durch das zweifache Stimmrecht des Anteilseigner-Aufsichtsratsvorsitzenden ist die Vorstandspersonalhoheit der Anteilseigner auch hier rechtlich abgesichert. In der Praxis allerdings ist zu erwarten, daß es in einer Publikumsobergesellschaft aufgrund der schwachen Stellung der Anteilseignervertreter nur selten zur Anwendung des Stichentscheids des Aufsichtsratsvorsitzenden bei einer Vorstandswahl kommen wird. Die Initiative bei Vorstandsneubesetzung wird wie bisher nicht von Anteilseignervertretern ausgehen, sondern vom Vorstand und mit Einschränkungen von den Arbeitnehmervertretern.
Wenn die Anteilseignervertreter den Weg des Stichentscheids gehen, ist der Grund allein im starken Einfluß des Altvorstands zu suchen, weil die Anteilseignervertreter mehr oder weniger alle auf Vorschlag des Vorstands von der Hauptversammlung gewählt worden sind und ein Interesse an der Erhaltung der Geschäftsbeziehungen zum Konzern haben.

Ein derart starkes Interesse des Altvorstands an der Wahl eines von ihnen vorgeschlagenen Vorstandsmitgliedes könnte darin zu suchen sein, daß er seine Machtstellung wie in bisheriger Weise in Publikumsgesellschaften nur dadurch erhalten kann, daß er seinem Einfluß auf die Anteilseignervertreter Nachdruck verleiht. Es ist aber schon fraglich, ob diese sich zu einem bloßen Objekt des Altvorstandes machen lassen. Zum anderen wird auch der Vorstand,

wenn er klug ist, gut daran zu tun, sich den veränderten Umständen im Aufsichtsrat anzupassen. Selbst wenn dies mit einer Machteinbuße verbunden ist, wird er im Interesse des sozialen Friedens im Konzern und einer vernünftigen Zusammenarbeit mit allen Aufsichtsratsmitgliedern ein dem zuwiderlaufendes Vorgehen von vornherein verwerfen.
Für den Mehrheitsaktionär in der Konzernspitze gilt grundsätzlich nichts anderes. Zwar wird sich die Vorstandspersonalinitiative in der Konzernobergesellschaft mehr auf den Mehrheitsaktionär im Aufsichtsrat verlagern[1]. Aber auch er wird es sich nicht leisten können, bei jeder Vorstandsneubesetzung seinen Vorschlag gegen den Willen der Arbeitnehmervertreter mit dem Stichentscheid durchzusetzen und den Unmut und konfrontationsfördernde Verhaltensmaßregeln der Arbeitnehmervertreter herauszufordern, wenn sich Möglichkeiten dazu im Aufsichtsrat der Konzernspitze bieten. Denn sollte die Anteilseignerseite im Aufsichtsrat der Konzernspitze die Vorstandspersonalpolitik ebenfalls umfassend über den Weg des Stichentscheids an sich ziehen, ist zu befürchten, daß die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Unter- und der Obergesellschaft zu einem gleichgelagerten Konfrontations- und Konfliktverhalten gegenüber jeder Anteilseignerseite veranlaßt werden.

4) Zusammenfassende Würdigung des sich aus der Personal- und Interessenstruktur ergebenden Einflusses bisheriger Mitbestimmungsregelungen auf die einheitliche Konzernleitung

a) Einheitliche Konzernleitung unter der Mitbestimmung nach dem BetrVG

Grundlage der einheitlichen Leitung im Unterordnungskonzern ist die maßgebliche finanzielle Beteiligung der Obergesellschaft am Grundkapital der Untergesellschaft. Mit Hilfe des aktien- oder stimmenmehrheitlichen Anteilsbesitzes ist das herrschende Unternehmen in der Lage, in der Hauptversammlung zwei Drittel[2] der Mitglieder des Aufsichtsrats

---

1 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 48 unter 55.

2 Ein Minderheitenschutz ist nicht vorgesehen; ein rechtlicher Verstoß liegt nicht vor, wenn ein Mehrheitsaktionär den Aufsichtsrat nur mit Leuten seines Vertrauens besetzt, BGH BB 62, S. 816

des abhängigen Unternehmens zu wählen[1]. Da der Aufsichtsrat auch den Vorstand bestellt, kann die Muttergesellschaft über ihre stimmenausschlaggebenden Vertrauensleute einen ihr genehmen Vorstand berufen[2].

In diesem Zusammenhang ist eine personelle Verflechtung zwischen den Organen des herrschenden und des abhängigen Unternehmens festzustellen. In der Konzernpraxis ist es zur beliebten Gewohnheit geworden, die Anteilseignersitze im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft mit Vorstandsmitgliedern oder leitenden Angestellten der Konzernspitze zu besetzen[3]. Auf diese Weise besteht dauernd ein enger Kontakt zwischen dem konzernleitenden Vorstand und dem Vorstand der Untergesellschaft über deren Aufsichtsrat[4].
Die Stellung eines derartigen Aufsichtsrats wird deutlich, wenn man sie mit der des Vorstands vergleicht.
Infolge der einflußschaffenden Mehrheitsbeteiligung in der abhängigen Gesellschaft fehlt ein der Muttergesellschaft gegenüberstehender Pol, der für einen Kräfteausgleich sorgen könnte[5]. Dadurch kommt der Muttergesellschaft beziehungsweise ihren Vertretern im Aufsichtsrat eine beachtliche Einflußmöglichkeit auf die Geschäftsführung der Tochter zu. Die Abhängigkeit des Tochter-Vorstands in der Wiederbestellung und Abberufung von den Vertretern der Mutter im Aufsichtsrat führt dazu, daß er sich den Wünschen und Interessen der Obergesellschaft im Aufsichtsrat fast ausnahmslos beugt[6]. Tatsächlich wird der Aufsichtsrat zum bestimmenden Faktor in der Geschäftsführung der Tochtergesellschaft[7].

---

1 Grundsatz der einfachen Stimmenmehrheit, § 153 Abs. 1 AktG

2 Auch bei der Vorstandswahl nur einfache Stimmenmehrheit

3 Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt, S. 113; Schmidt, Beiträge zur Aktienrechtsreform 59, S. 45; Werth, S. 56; Lutter, Festschrift Westermann 74, S. 351

4 Martens, ZHR 138 (1974), S. 199 bezeichnet dies zutreffend als "Kurzschaltung der Leitungswege"

5 Wegen ihrer Minderheitsbeteiligung im Aufsichtsrat sind die Arbeitnehmervertreter dazu nicht in der Lage

6 Bis zur Grenze eigener Haftung, Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 39

7 Schmidt, a.a.O.; Werth, S. 39

Aufsichtsratmehrheit, Personalhoheit und personelle Bande zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft sind sichere Mittel, die vom herrschenden Unternehmen aufgestellte Konzernpolitik und -planung und damit einheitliche Leitung durchzusetzen.

b) Einheitliche Leitung und MitbG 76

Nach dem MitbG 76 sind sämtliche Konzernarbeitnehmer aktiv und passiv zum Aufsichtsrat der Konzernspitze, die Arbeitnehmer der Einzelgesellschaften zu deren Aufsichtsrat wahlberechtigt.
Unter normalen Umständen, die auch der Gesetzgeber zugrundegelegt hat[1], ist zu erwarten, daß sich die einheitliche Leitung kaum anders vollziehen wird[2], als dies unter der BetrVG-Mitbestimmung bereits der Fall ist. Sie wird auf keine größeren Schwierigkeiten in der AG-Untergesellschaft stoßen. Das gilt sowohl für den Vertrags- und Eingliederungskonzern als auch für den faktischen Konzern.
Dieses Ergebnis beruht darauf, daß es sich bei dem MitbG 76 nur um eine erweiterte Mitbestimmung handelt. In der Hauptversammlung der AG-Tochtergesellschaft bleibt es bei dem beherrschenden Einfluß der Obergesellschaft. Zwar kann das herrschende Unternehmen nur noch die Hälfte der Aufsichtsratssitze mit seinen Vertrauensleuten besetzen (numerische Parität ist also hergestellt). Aber bei Nichterreichen einer erforderlichen Mehrheit hat der Aufsichtsratsvorsitzende, der nicht gegen die Stimmen der Anteilseigner gewählt werden kann, einen Stichentscheid.

Daß der Aufsichtsratsvorsitzende in der AG-Tochtergesellschaft stets vom herrschenden Unternehmen gestellt wird, dürfte nicht ernsthaft bezweifelt werden. Rechtlich gesehen ist das herrschende Unternehmen über seinen Vertrauensmann als Aufsichtsratsvorsitzendem jedenfalls auch in der Lage, notfalls mit seinem zweifachen Stimmrecht

---

1 Zu Ausnahmefällen Philipp, DB 76, S. 195 ff

2 Hierzu Duden, ZHR 141 (1977), S. 145 ff, 147 insbesondere für den Fall des Unternehmens-Großaktionärs

wie bisher einen konzerngetreuen Vorstand zu wählen. Über die Stimmenmehrheit kann es sich bei Sachentscheidungen gegen die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat durchsetzen und von hier aus den Vorstand der Untergesellschaft faktisch regieren. Auch in der Praxis dürfte der Aufsichtsratsvorsitzende, zumal wenn er zugleich Vorstandsmitglied der Konzernspitze ist, sein Zweitstimmrecht immer für die Interessen seines herrschenden Unternehmens einsetzen. Alles andere würde sowohl der Funktion des Aufsichtsratsvorsitzenden als Mittler und Gewährsmann der einheitlichen Leitung als auch der Konzernwirklichkeit befremdend erscheinen[1]. Diese Stellung wird das herrschende Unternehmen im Interesse der einheitlichen Leitung und des Zusammenhalts des Konzernverbundes nicht preisgeben.

Die zahlenmäßig gleich starke Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft wird in ihrer Aufsichtsratstätigkeit stets mit dem zweifachen Stimmrecht des Aufsichtsratsvorsitzenden konfrontiert sein, was sich letzten Endes auf die kreative Entfaltung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nachteilig auswirken kann. Zwar ist es denkbar, daß die einheitliche Leitung im Einzelfall[2] nicht so durchgesetzt werden kann, wie sich das herrschende Unternehmen dies vorstellt. Solange das herrschende Unternehmen aber über die Hälfte der Aufsichtsratssitze der Untergesellschaft in Personalunion verfügt, ist unter normalen Gegebenheiten kaum daran zu denken. Eine andere Frage ist nur, ob sich im Vergleich zur BetrVG-Mitbestimmung teilweise etwas am Inhalt unternehmerischer Direktiven der Konzernzentrale an die abhängige Gesellschaft ändert. Grund dafür kann die nume-

---

1 Insofern ist auch die Stellung des Aufsichtsratsvorsitzenden in der abhängigen Konzerngesellschaft anders zu bewerten als die eines in einem rechtlich und wirtschaftlich selbständigen, ungegliederten Unternehmen; siehe dazu Philipp, a.a.O., S. 195

2 Bei geschlossener und vollständiger Abstimmung der Arbeitnehmervertreter, wenn bspw. ein oder mehrer Anteilseigner mit den Arbeitnehmervertretern stimmen oder auch ein oder mehrere Anteilseignervertreter bei der Aufsichtsratssitzung und -abstimmung fehlen

rische Stärkung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Obergesellschaft sein, die den Vorstand und die Anteilseignervertreter aus rational faßbaren oder nicht faßbaren Gründen dazu verleitet, bei Weisungen an die Tochtergesellschaft mehr arbeitnehmerbezogene Kompromißbereitschaft zu zeigen[1]. Insbesondere in der Konzernspitze, wo die maßgeblichen Entscheidungen fallen, werden die Arbeitnehmervertreter Wert darauf legen, daß sie nicht dauernd von Vorstand und Anteilseignerseite mittels des Zweitstimmrechts überspielt werden. Deshalb dürfte wegen der gestärkten Stellung der Arbeitnehmer, deren sie sich wohl bewußt sind, ein Ausgleich zwischen den Interessen des herrschenden Unternehmens beziehungsweise des Konzernganzen und den Arbeitnehmern abhängiger Gesellschaften im Aufsichtsrat der Obergesellschaft stattfinden.
Einem verantwortungsbewußten, konzernleitenden Vorstand wird es unmöglich sein, die Arbeitnehmervertreter und deren Vorstellungen so anzusehen wie unter der Mitbestimmung nach dem BetrVG. Das trifft in gleichem Maße für die Anteilseignervertreter zu. Wenn auch ein derartiger Interessenausgleich kaum einseitig oder gleichgewichtig zugunsten der Arbeitnehmervertreter ausfallen wird, müssen und werden Vorstand und Anteilseignervertreter bei konzernleitenden Maßnahmen Kooperationsbereitschaft zeigen.
Sind sich die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Obergesellschaft darüber klar, daß sie keine gleichgewichtige Stellung gegenüber der Anteilseignerseite einnehmen und haben Vorstand und Anteilseigner erkannt, daß sie die Arbeitnehmerseite als nahezu gleichberechtigten Partner ansehen und behandeln müssen, ist in den meisten Fällen ein Interessenausgleich und die Anerkennung einheitlicher Leitung in der Tochtergesellschaft sichergestellt.

---

1 Hier können insoweit entstehende mögliche Konflikte mit den Arbeitnehmervertretern zB bei späteren Zufallsmehrheiten der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat eine Rolle spielen

Zusammenfassend kann festgehalten werden, daß die einheitliche Leitung für das herrschende Unternehmen nach dem MitbG 76 rechtlich garantiert ist. Aber auch in tatsächlicher Hinsicht wird die Durchsetzung einheitlicher Leitung in der Tochtergesellschaft gewährleistet sein. Hier wird das herrschende Unternehmen im Interesse der einheitlichen Leitung kaum einmal auf die Privilegien des Zweitstimmrechts verzichten. Ein Ausgleich mit den Interessen der Arbeitnehmer der Tochtergesellschaft findet, wenn auch nicht gleichgewichtig, regelmäßig in der Muttergesellschaft statt. Hier sehen die Konzernarbeitnehmer den Schwerpunkt der Aufsichtsratstätigkeit und der Interessenvertretung. Der Ausgleich in der Muttergesellschaft könnte allerdings zur Folge haben, daß nun in abgeschwächter Form inhaltlich mehr arbeitnehmerakzeptable Entscheidungen in der Konzernspitze für die Tochtergesellschaften getroffen werden.

c) Einfluß des Montan-MitbG und des MitbErgG auf die einheitliche Leitung von Montankonzernen

Über nachteilige Einflüsse der Montan-Mitbestimmung für die einheitliche Leitung von Montankonzernen liegen keine empirischen Untersuchungen vor. Das ist insofern verwunderlich, als die Aufsichtsratsmehrheit, die Vorstandspersonalhoheit und somit die Durchsetzung einheitlicher Leitung des herrschenden Unternehmens in Gefahr geraten sind.
Aus der Tatsache aber, daß sich die Montan-Mitbestimmung in dem betroffenen Industriezweig offenbar insgesamt grundsätzlich bewährt hat[1], kann die Folgerung gezogen werden, daß das herrschende Montanunternehmen bei Wahrnehmung seiner Führungsaufgaben in der Montantochtergesellschaft auf keine großen Hindernisse stößt. Das mag an der Institution des neutralen Mannes im Aufsichtsrat liegen, der Anteilseigner- und

1 Hensche, Die Quelle 74, S. 434 ff, 435; Mommsen, ebenda; Duvernell in Potthoff/Blume/Duvernell, S. 327; Blüm im Spiegel Gespräch, Der Spiegel vom 15.10.1973, S. 36 ff, 37; auch die Mitbestimmungskommission konnte keine gegenteiligen Erfahrungen machen; siehe auch BDA, Arbeitskreis Mitbestimmung 74, S. 8 ff

Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Untergesellschaft zur Kooperationsbereitschaft zwingt, an der Bewußtseinsbildung der Vorstandsmitglieder der abhängigen Montangesellschaft, sich trotz paritätischer Besetzung des Aufsichtsrats den Interessen der Obergesellschaft empfänglich zu zeigen[1] und an internen gegenseitigen Zugeständnissen der Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter. Letztlich auch an der personellen Verflechtung zwischen den Organen des herrschenden und des abhängigen Unternehmens als Mittel der einheitlichen Leitung [2] [3].

Bei der Verallgemeinerung dieses Ergebnisses für alle Großunternehmen und Konzerne, die der paritätischen Mitbestimmung unterfallen sollen, ist indes Vorsicht geboten. Der Grund dafür liegt darin, daß es seit Einführung des Montan-MitbG und des MitbErgG immer weniger Montankonzerne gibt, deren Unternehmen (insbesondere Untergesellschaften) Aktiengesellschaften sind und dem Montan-MitbG und MitbErgG unterliegen. Aus diesem Grund und wegen der Besonderheiten der Montanmarktordnung können die Montankonzerne nur mit Einschränkung für eine Erweiterung der paritätischen Mitbestimmung in allen Konzernen repräsentativ sein.

V) Mehrstufige paritätische Mitbestimmung im Vertrags- und Eingliederungskonzern

1) Intention einer derartigen Unternehmensverbindung

Indem das AktG für Unternehmenszusammenschlüsse die Institution des Vertrags- und Eingliederungskonzerns geschaffen hat, ist einem wirtschaftlichen Bedürfnis Rechnung getragen worden. Da das Gesetz die Ausübung nahezu umfassender Leitungsmacht durch das herrschende Unternehmen gestattet, wird in so intensiver Weise in die Verfassung und Willensbildung der Organe der Untergesellschaft eingegriffen, daß diese nicht mehr nach eigenem Wirtschaftsplan unternehmerische Entscheidungen trifft, sondern sich im Interesse des Gesamtverbundes der Leitung der Konzernspitze unterstellt. Auf diese Weise darf die Konzernobergesellschaft die Konzernuntergesellschaft wie eine unselbständige Betriebsabteilung führen.

---

1 In den weitaus meisten Wirtschaftsunternehmen herrscht(e) die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer, so daß Vorstandsmitglieder bspw. leicht in ein solches mit Anteilseignervertretermehrheit überwechseln können (konnten)

2 Das betonen insbesondere Emmerich/Sonnenschein, S. 37; siehe auch Lenk, Die Qualifizierte Mitbestimmung, S. 48

3 Siehe zu den Gründen auch Biedenkopf, Festschrift L. Raiser, 74, S. 351

Die rechtliche Selbständigkeit der Tochtergesellschaften führt dazu, daß der dreistufige Organaufbau selbst in den Untergesellschaften eines Vertrags- und Eingliederungskonzerns nicht aufgehoben wird, die Leitungsmacht der Obergesellschaft also noch durch die zuständigen Organe der Untergesellschaft umgesetzt werden muß.
Aufgrund der umfangreichen Verpflichtungen, die das herrschende Unternehmen gegenüber Gläubigern und Minderheitsaktionären trifft, muß auf der anderen Seite die Durchsetzung der Leitungsmacht auch gegen den Widerstand der Organe der Untergesellschaft als Ausgleich gewährleistet sein. Sonst würde die Übernahme von konzernrechtlichen Verpflichtungen zu einer einseitigen Belastung ohne entsprechende Gegenleistung führen. Durch die gesetzlichen Pflichten wird zugleich erreicht, daß der Vertrags- und Eingliederungskonzern zum Schutz der Gläubiger und außenstehenden Aktionäre der Untergesellschaft in rechtlich überschaubare Bahnen gelenkt wird[1].

Von der gesetzlichen Konzeption her wird der Vertrags- und Eingliederungskonzern sämtlichen beteiligten Interessen gerecht. Einerseits wird der Obergesellschaft die Durchsetzung der Leitungsmacht rechtlich eingeräumt, andererseits ist für einen genügenden Schutz der Gläubiger und übrigen Aktionäre in der Tochtergesellschaft gesorgt. Gerade deshalb sind Vertrags- und Eingliederungskonzern die vom Gesetzgeber begünstigte und erwünschte Form eines Konzernzusammenschlusses.

2) § 308 AktG im Hinblick auf die Gewährleistung einheitlicher Konzernpolitik

a) Die Regelung des § 308 Abs. 3 AktG unter der BetrVG-Mitbestimmung

Gemäß § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG, der für den Vertragskonzern gilt, und § 323 Abs. 1 Satz 1 AktG, der für den Eingliederungskonzern Anwendung findet, kann das herrschende Unter-

---

1 Emmerich/Sonnenschein, S. 62 stellen fest, daß dieses Ziel schon beim Beherrschungsvertrag nicht voll erreicht wird

nehmen dem Vorstand des abhängigen Weisungen erteilen. Durch diese Vorschriften wird die Leitungsmacht der Muttergesellschaft rechtlich anerkannt. Diese Leitungsmacht wird bei Geschäften, die der Zustimmung des Aufsichtsrats der abhängigen Gesellschaft bedürfen, durch § 308 Abs. 3 AktG eingeschränkt, der auch für den Eingliederungskonzern gilt (§ 323 Abs. 1 Satz 2 AktG). Bei Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft besteht aber nur die theoretische Möglichkeit, daß eine Maßnahme der Konzernspitze im Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft blockiert wird. Denn aufgrund der Mehrheitsverhältnisse im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft fehlt ein dem Mehrheitsaktionär (dem herrschenden Unternehmen) gegenüberstehender, gleichgewichtiger Block. Auch wegen der in der Konzernpraxis zu beobachtenden personellen Verflechtungen zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft ist nicht mit einem Verfahren nach § 308 Abs. 3 AktG zu rechnen. Wenn man bedenkt, daß der Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens auf der Kapitalseite von Vorstandsmitgliedern oder mit von diesen abhängigen leitenden Angestellten besetzt ist, würde das Einlegen eines Vetos hier nichts anderes bedeuten als das Eingeständnis, in der Konzernspitze eine verfehlte konzernpolitische Entscheidung getroffen zu haben. Gewissermaßen eine Selbstblockierung über den Tochter-Aufsichtsrat[1].

Unter der BetrVG-Mitbestimmung ist § 308 Abs. 3 AktG eine Norm, die im Hinblick auf die Blockierung einer Maßnahme der Konzernspitze bedeutungslos und auch bisher kaum zum Tragen gekommen ist[2]. Hinsichtlich der Durchsetzung einheitlicher Konzernleitung und der Funktionsfähigkeit des

---

1 Folgende Konstellation für das Einlegen eines Vetos wäre möglich: Das der Weisung zugrundeliegende Geschäft ist nur im Aufsichtsrat der Untergesellschaft zustimmungspflichtig, in dem weder Vorstandsmitglieder noch leitende Angestellte des herrschenden Unternehmens sitzen, sondern der Mehrheitsaktionär oder seine engsten Vertrauensleute im herrschenden Unternehmen; aber selbst dann ist es wenig realistisch, daß der Vorstand eine Weisung aussprechen würde, ohne sich über die positive Haltung des Mehrheitsaktionärs in der Obergesellschaft vergewissert zu haben

2 Hoffmann, BB 74, S. 1278; Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 47; Bayer, DB 75, S. 1171

Konzerns hat die Regelung des § 308 Abs. 3 AktG bei Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat keinerlei negative Auswirkungen, ist geradezu eine Bestätigung der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns[1].
Was die Berücksichtigung der Interessen der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen bei der BetrVG-Mitbestimmung angeht, soll keinesfalls behauptet werden, daß sie vom Vorstand der Muttergesellschaft, der Untergesellschaft[2] oder den Anteilseignervertretern im Aufsichtsrat völlig übergangen werden[3]. Dabei dreht sich die Frage nicht so sehr darum, ob überhaupt ein Entgegenkommen gegeben ist, sondern darum, von welcher Intensität dieses ist. Jedenfalls ist es wenig realistisch zu glauben, daß die Kompromißbereitschaft so weit wie bei paritätischer Mitbestimmung geht. Dafür sind die Mehrheitsverhältnisse und faktischen Abhängigkeiten zu einseitig verteilt.

b) § 308 AktG unter echter paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung

aa) Vorstand der Muttergesellschaft als Anweisender

Die Besetzung des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft auf der Arbeitnehmerseite kann bereits Auswirkungen auf die Erteilung von Weisungen gegenüber dem Vorstand eines abhängigen Unternehmens oder deren inhaltliche Gestaltung haben, je nachdem, wie stark die Arbeitnehmervertreter des von der Weisung betroffenen abhängigen Unternehmens im Aufsichtsrat der Obergesellschaft vertreten sind und Sonderinteressen vor das Gesamtinteresse stellen.
Verfügt das abhängige Unternehmen über eine beträchtliche Anzahl ihm angehörender Arbeitnehmer im Aufsichtsrat

---

1 Hoffmann, a.a.O.; Emmerich/Sonnenschein, S. 132

2 Bei etwaiger starker Dezentralisierung

3 Hoffmann, a.a.O., S. 1278; Sohl im Spiegel Gespräch, Der Spiegel vom 9.7.73, S. 46: "Ich habe nicht ein einziges Mal erlebt, daß die Arbeitnehmerseite geschlossen überstimmt worden ist."; Blume, Normen und Wirklichkeit, S. 202, nach dem den Anteilseignern an einer einstimmigen Beschlußfassung liegt

der Konzernspitze, so daß die Wiederbestellung des Mutter-Vorstands sehr stark von diesen abhängt, und werden Sonderinteressen verfolgt, so ist nicht auszuschließen, daß sich der Vorstand darauf einstellen wird, schon bevor überhaupt die Weisung ergeht. Doch bleibt zu bedenken, daß die Möglichkeit, viele Aufsichtsratssitze einzunehmen und Sonderinteressen zu vertreten, nur dann besteht, wenn dem Konzern nur ganz wenige Unternehmen angehören und das herrschende Unternehmen selbst nur über eine geringe Arbeitnehmerzahl verfügt.

bb) Vorstand der Tochtergesellschaft als Weisungsempfänger

Wie sich aus § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG für den Vertragskonzern und § 323 Abs. 1 Satz 1 AktG für den Eingliederungskonzern ergibt, ist das herrschende Unternehmen nur berechtigt, dem Vorstand (nicht auch dem Aufsichtsrat) des abhängigen Unternehmens Weisungen hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft zu erteilen. Diese rechtlich eingeräumte Leitungsmacht führt für den Vorstand der Tochter zu einer Konkretisierung des § 76 Abs. 1 AktG[1]. Dem Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens auf der einen Seite entspricht die Folgepflicht des Vorstandes der Untergesellschaft auf der anderen Seite (§§ 308 Abs. 2 Satz 1 AktG, 323 Abs. 1 Satz 2 AktG).
Eine Weisung an den Aufsichtsrat, bestimmte Vorstandsmitglieder zu wählen, ist rechtlich nicht zulässig. Die Wahl des Vorstands durch den paritätisch besetzten Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft könnte nun den Tochtervorstand veranlassen, eine eigenständigere, mehr

---

1 Emmerich/Sonnenschein, S. 132; Begr. RegE zu § 308 bei Kropff, S. 403; Godin/Wilhelmi, § 308 Anm. 2

konzernunabhängige Politik zu betreiben, die möglicherweise sogar mehr den Vorstellungen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des Unternehmens entspricht.
Im Rahmen von Weisungen allerdings sind dem Vorstand des abhängigen Konzernunternehmens gemäß § 308 Abs. 2 Satz 1 AktG Grenzen gesetzt. Er muß sie befolgen, soweit sie vom Inhalt und Umfang her zulässig sind. Die Gefahr, daß eine Weisung von Seiten des Vorstands der Untergesellschaft nicht befolgt wird, ist damit nahezu nicht gegeben.
Wenn demgegenüber eine solche Gefahr durch Anwendung bestimmter taktischer Züge durch den Vorstand der Tochter gesehen wird[1], so dürfte dies nur hypothetischer Natur sein.
Zugegebenermaßen ist der Vorstand in der Lage, auch die Durchsetzung von Weisungen auf seine Initiative hin zu verzögern oder gar zu verhindern. Aber schon die Mittel dazu sind nur in sehr begrenztem Umfang gegeben.
Im Vertragskonzern könnte sich der Vorstand nur des öfteren darauf berufen, daß Weisungen offensichtlich nicht den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm konzernverbundenen Unternehmen dienen, mag dies auch unberechtigt sein.
Im Eingliederungskonzern bestünde die Möglichkeit, wenn man der Ansicht zustimmt, Weisungen müßten hier durch ein Interesse der Hauptgesellschaft oder ein sonstiges Konzerninteresse gedeckt sein[2], die Weisung mit dem Hinweis zu ignorieren, sie entspreche nicht den Interessen der Hauptgesellschaft oder dem Konzerninteresse.
Denkbar wäre auch, daß der Vorstand eine Weisung, falls sie der Zustimmung bedarf, dem Aufsichtsrat erst gar nicht vorlegt. In entsprechender Anwendung des § 308 Abs. 3 AktG[3] könnte er somit dafür sorgen, daß er bis

---

1 Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 46/47

2 Emmerich/Sonnenschein, S. 56; Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 323 Rdnrn. 1 ff

3 Knoblau, Leitungsmacht und Verantwortlichkeit, S. 78

dahin noch nicht eingeschaltete Aufsichtsrat der Obergesellschaft vor Wiederholung der Weisung Stellung beziehen muß[1].
Letzten Endes fragt sich aber, ob der Vorstand der Tochtergesellschaft eine unnötige Verantwortung auf sich nehmen will. Das ist zu verneinen. Wenn der Vorstand die Weisung befolgt, ist er jeglicher Verantwortung und Haftung gemäß § 31o Abs. 3 AktG entbunden. Eine verbindliche Weisung nicht zu befolgen, bringt ihn nur, wenn dadurch der Obergesellschaft ein Schaden entsteht, in haftungsrechtliche Schwierigkeiten[2] und in Mißkredit. Selbst seine auch durch Arbeitnehmervertreter erfolgte Legitimation wird dem Bestreben zu selbständiger Unternehmensführung mit den Folgen vor Augen schon im Anfangsstadium Einhalt gebieten.
Die gesetzlich festgelegte Folgepflicht des Vorstands gegenüber Weisungen sorgt ausreichend dafür, daß den Weisungen vom Vorstand kaum Widerstand entgegengesetzt wird.

cc) Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft als weisungsunabhängiges Organ

Wie ausgeführt, hat die Regelung des § 3o8 Abs. 3 AktG für die einheitliche Konzernleitung bei der BetrVG-Mitbestimmung keine nachteiligen Auswirkungen. Bei paritätischer Mitbestimmung kann § 3o8 Abs. 3 AktG dagegen eine ganz andere Bedeutung zukommen. Formal gesehen beläßt diese Vorschrift dem herrschenden Unternehmen eines Vertrags- und Eingliederungskonzerns weiterhin die Durchsetzungsfähigkeit einheitlicher Konzernleitung[3].
Aber schon die Verzögerung der endgültigen Durchsetzung der Weisung im Aufsichtsrat kann nachteilige Folgen für die Funktionsfähigkeit des Konzerns haben, je nachdem, welche

---

1 Siehe auch das Beispiel bei Lutter, a.a.O., S. 46/47
2 Siehe Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 3o8 Rdnr. 26
3 Das verkennt Hoffmann, BB 74, S. 1279

konzerninterne Bedeutung die Weisung hat[1].

Wenn § 308 Abs. 3 AktG auch die Durchsetzungsfähigkeit der Konzernspitze garantiert, so stellt diese Vorschrift doch nur den äußeren Rahmen dar. Gewichtiger ist in diesem Zusammenhang die Frage, wie sich die ablehnende Haltung der Arbeitnehmervertreter der Tochter (nur von ihnen ist ein Veto zu erwarten) auf den Vorstand und Aufsichtsrat der Muttergesellschaft auswirkt, wenn die Weisung wiederholt werden soll, und wie sich der interne, der Weisung zugrundeliegende Willensbildungsprozeß vollzieht.
Es ist nicht nur die Regelung des § 308 Abs. 3 AktG, die eine andere Wertung erfahren kann, sondern vornehmlich der Entscheidungsinhalt einer Weisung. Da im Konzern die Parität auf mehreren Stufen vorhanden ist, beeinflußt die Vorschrift des § 308 Abs. 3 AktG den Entscheidungsinhalt schon von vornherein.

Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Untergesellschaft sind wie alle anderen Aufsichtsratsmitglieder nicht an das Konzerninteresse gebunden, wie sich aus § 308 Abs. 3 AktG ergibt. Geht man von der Fallgestaltung aus, daß eine Weisung der Muttergesellschaft von den Arbeitnehmervertretern dadurch blockiert wird, daß sie konzernfremde Sonderinteressen im Aufsichtsrat der Tochter verfolgen, kann § 308 Abs. 3 AktG für diese Weisung unterschiedliche Folgen haben. Der Vorstand der Obergesellschaft kann die blockierte Weisung aufnehmen und sie seinem Aufsichtsrat zur Zustimmung zwecks Wiederholung vorlegen. Auf dem Aufsichtsrat lastet dann die Verantwortung, ob die Weisung in der Untergesellschaft durchgesetzt wird oder nicht. Dabei ist schon ein erheblicher Zeitverlust entstanden. Auch kann der Aufsichtsrat der Muttergesellschaft nicht zum ersten Mal zur Zustimmungsentscheidung kraft gesetzlicher Anordnung des § 308 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 AktG berufen sein. War die Weisung schon im Auf-

---

1 Siehe S. 31 ff

sichtsrat der Konzernspitze gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG zustimmungsbedürftig und wurde die Zustimmung erteilt, ist die gesetzlich geforderte zweite Berufung über denselben Gegenstand an sich sinnwidrig und bringt den Vorstand der Muttergesellschaft in eine doppelte Abhängigkeit von seinem Aufsichtsrat. Daß dies nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben kann, zeigt, daß der Gesetzgeber bei Schaffung des § 308 Abs. 3 AktG von der BetrVG-Mitbestimmung ausgegangen ist[1], die es zu einem derartigen Fall nicht kommen läßt[2].

Ist die Weisung des herrschenden Unternehmens mit Zustimmung der Arbeitnehmervertreter im dortigen Aufsichtsrat zustandegekommen, ist wohl nur selten damit zu rechnen, daß sich die Arbeitnehmervertreter bei erneuter Vorlage der Weisung gegenüber plötzlich ablehnend verhalten, wollen sie nicht ihre Glaubwürdigkeit im Interesse einer fruchtbaren Zusammenarbeit mit der Anteilseignerseite und dem Vorstand verlieren[3]. Die Gefahr, daß eine Weisung im Aufsichtsrat der Untergesellschaft blockiert wird, ist bereits um so mehr beseitigt, je mehr sich die Besetzung der Aufsichtsräte auf Arbeitnehmerseite einer personellen Indentität annähert.

Anders könnte die Lage freilich sein, wenn der Aufsichtsrat der Konzernspitze über § 308 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 AktG erstmalig zur Stellungnahme aufgefordert wird[4]. Hier greift diese Regelung in die Aufsichtsrats- und Satzungsautonomie hinsichtlich der Festlegung zustimmungspflichtiger Geschäfte ein.

Stimmen die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Untergesellschaft nicht zu, so ist es denkbar, daß die zu wieder-

---

1 Hoffmann, BB 74, S. 1278; Bayer, DB 75, S. 1171

2 Siehe S. 75 ff

3 Zu pessimistisch Hoffmann, a.a.O., S. 1279

4 Nach Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 48, ein realistischer Fall; er dürfte jedoch mehr zu den Ausnahmefällen zu rechnen sein, da damit zu rechnen ist, daß in der Konzernspitze konzernleitende Maßnahmen wegen ihrer Bedeutung für das Konzernganze häufiger einer Zustimmung unterworfen werden als Maßnahmen in der Untergesellschaft

holende Weisung im Aufsichtsrat der Mutter von den Arbeitnehmervertretern abgelehnt wird, um so die Solidarität und Einheit der Arbeitnehmer im Konzern deutlich zu machen[1].
Allerdings darf man sich das Verhältnis Aufsichtsrat - Vorstand in der Obergesellschaft nicht so vorstellen, als sei der Aufsichtsrat mit wichtigen unternehmerischen Maßnahmen über § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG oder § 308 Abs. 3 Satz 2 2. HS AktG häufig zum ersten Mal konfrontiert. Bei solch wichtigen Entscheidungen wird der Muttervorstand in vielen Fällen den Aufsichtsrat, bestimmte Ausschüsse oder das Aufsichtsratspräsidium während der Entscheidungsfindung freiwillig informieren und die Vorstellungen seines Aufsichtsrates bzw. einiger seiner Mitglieder zu der geplanten Weisung einholen.
In besonderem Maße dürfte sich aber bemerkbar machen, daß die Konzernarbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Konzernspitze eine Konzerngesamtstrategie entwickeln und praktizieren. Diese Konzerngesamtstrategie, die auf der Repräsentation aller und der Legitimation durch alle Konzernarbeitnehmer beruht, gibt zu der Hoffnung Anlaß, daß die Arbeitnehmervertreter sich trotz Blockierung der Weisung in der Untergesellschaft für die Durchsetzung durch das herrschende Unternehmen einsetzen werden. Dabei muß zugegeben werden, daß sowohl ein Verfolgen von Sonderinteressen als auch eine endgültige Blockierung der Weisung im Aufsichtsrat der Obergesellschaft nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann. Diese Gefahr besteht dann, wenn die Arbeitnehmer des von der Weisung betroffenen abhängigen Unternehmens im Aufsichtsrat der Mutter besonders stark vertreten sind, über großen Einfluß verfügen und zwischen Aufsichtsratsmitgliedschaft in Ober- und Untergesellschaft Personenidentität besteht[2].

---

1 IdS Hoffmann, a.a.O., S. 1279

2 Dazu Lutter, a.a.O., S. 48; Hoffmann, a.a.O., S. 1279; ders., GmbH-Rundschau 74, S. 76

Der Vorstand kann aber auch nach Ablehnung einer Weisung durch den Aufsichtsrat der Tochter davon Abstand nehmen, seinen eigenen Aufsichtsrat einzuschalten. Wenn für ihn selbst erkennbar ist, daß die blockierte Weisung in seinem eigenen Aufsichtsrat auf Widerstand stößt, kann er die Wiederholung der Weisung fallen oder aber eine völlig neue Weisung ergehen lassen, die inhaltlich Gewähr dafür bietet, daß sie den Vorstellungen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Tochter entspricht.

Im Ganzen gesehen liegt in all diesen Verfahrensweisen die Gefahr heftiger Auseinandersetzungen zwischen den beteiligten Gruppen. Auch kann die Regelung des § 308 Abs. 3 AktG die Arbeit des Vorstands der Konzernspitze erschweren, weil er unter der Belastung des nicht voraussehbaren Entscheidungsverhaltens der Arbeitnehmervertreter der Untergesellschaft stehen kann. Insgesamt steht die Autorität des herrschenden Unternehmens als Planungs- und Entscheidungszentrale in Frage, was die Gesamtverantwortung des Mutter-Vorstands für alle im Konzern zusammengefaßten Unternehmen belastet. Das kann dazu führen, daß die einheitliche Leitung im Konzern zwar immer noch von dem herrschenden Unternehmen ausgeht, es aber bei seinen inhaltlichen Entscheidungen gegenüber abhängigen Gesellschaften keine Konzerngesamtpolitik in umfassender Weise betreiben kann. Das ist nur schwer mit dem Gesamtinteresse des Konzerns in Einklang zu bringen.

Paritätische Mitbestimmung in den Tochtergesellschaften führt im Zusammenhang mit § 308 Abs. 3 AktG zu Zeitverzögerungen, Spannungen und Kraftakten. Um dem vorzubeugen, wird gerade vom Vorstand der Konzernspitze als ausführendem und fachlich qualifiziertem Organ viel Fingerspitzengefühl, Überzeugungskraft, Voraussicht und Herstellung eines ständigen Kontakts mit seinem eigenen Aufsichtsrat und dem Aufsichtsrat der wichtigen Tochtergesellschaften verlangt. Ihm obliegt es, schon vor einer geplanten Weisung, die wesentliche Interessen der Arbeitnehmer in der Tochtergesellschaft berührt, das Entscheidungsverhalten der Arbeitnehmervertreter in Unter- und Obergesellschaft hin-

sichtlich der Durchsetzung in Erfahrung zu bringen[1].
Auf diese Weise ist die Durchsetzung der Weisung für den Vorstand voraussehbar und die Vorschrift des § 308 Abs. 3 AktG wird erträglicher. Insbesondere die Tatsache, daß im Aufsichtsrat der Konzernspitze Vertreter sämtlicher Konzernarbeitnehmer sitzen, wird sich auf die Durchsetzung einheitlicher Leitung positiv bemerkbar machen. Einmal deshalb, weil eine wichtige Entscheidung in der Muttergesellschaft bereits vor Erteilung der Weisung von Vorstand und Aufsichtsrat unter allen möglichen Aspekten ausdiskutiert zu werden pflegt, zum andern deshalb, weil die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Obergesellschaft grundsätzlich eine eigenständige Konzerngesamtstrategie verfolgen werden.
In der Mehrzahl aller Fälle dürfte die Entscheidung darüber, ob eine Weisung durchgesetzt werden kann, schon in der Obergesellschaft fallen. Entweder scheitert sie schon hier oder sie wird in einer Form und mit einem Inhalt ausgesprochen, die auch die Zustimmung des Aufsichtsrats in der Untergesellschaft findet. Nur in wenigen Ausnahmefällen wird es deshalb zu einer zeitweiligen oder gar endgültigen Blockierung über § 308 Abs. 3 AktG kommen.
Inwieweit sich die Vorstellungen der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat abhängiger Unternehmen auf den Inhalt der Weisung oder auf eine entsprechende Gegenleitung des herrschenden Unternehmens für eine Zustimmung auswirken, hängt davon ab, in welcher Intensität Vorstand und Aufsichtsrat der Obergesellschaft eine Konzerngesamtstrategie verfolgen.
Im Gesamtergebnis ist jedenfalls zu erwarten, daß trotz § 308 Abs. 3 AktG für die einheitliche Leitung im Konzern bisweilen mit einer Lockerung zu rechnen ist, weil die Einschaltung des Aufsichtsrates der Untergesellschaft zu Zeitverzögerungen in der Durchsetzung einer Maßnahme führen kann. Dies führt aber nicht dazu, daß einheitliche Leitung im Konzern in Gefahr gerät. Die Durchsetzungsmacht des herrschenden Unternehmens ist auch bei

---

1 Es ist nicht so, wie Hoffmann, BB 74, S. 1279 annimmt, daß die Berechenbarkeit der Aufsichtsratsentscheidungen in den abhängigen Unternehmen abnimmt; frühzeitiges Einholen der Stellungnahme macht sie berechenbar

mehrstufiger paritätischer Mitbestimmung durch § 308 Abs. 3 AktG weitgehend gewährleistet[1].

dd) Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die Regelung des § 308 Abs. 3 AktG selbst bei mehrstufiger paritätischer Mitbestimmung weitgehend die Gewähr der Durchsetzung konzerneinheitlicher Leitung bietet. Paritätische Mitbestimmung in der Untergesellschaft wirkt sich auf die einheitliche Leitung jedoch insoweit aus, als der Vorstand der Konzernspitze, will er Zeitverzögerungen durch Blockierung einer Maßnahme in der Untergesellschaft vermeiden, den Weisungen einen veränderten Entscheidungsinhalt geben muß. Des weiteren ist zu beachten, daß der Aufsichtsrat der Konzernspitze eingeschaltet wird, wenn in der Tochter eine Weisung blockiert wird. Darauf kann sich der Vorstand der Mutter aber in entsprechender Weise einstellen und sich absichern.
Ob der Vorstand des herrschenden Unternehmens eine geplante Maßnahme in der Untergesellschaft durchsetzen kann, ist nicht so sehr das Problem der paritätischen Mitbestimmung in der Konzernspitze, an der die Arbeitnehmer aller

---

1 Richtig einschätzend Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 49/50; zu pessimistisch Bayer, DB 75, S. 1171 und Hoffmann, BB 74, S. 1279, weil sie das Moment des gemeinsamen Konzernbewußtseins der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Konzernspitze zu wenig berücksichtigen; wohl etwas zu optimistisch Martens, ZHR 138 (1974), S. 184, der § 308 Abs. 3 AktG für ausgewogen und mitbestimmungskonform hält, weil er die Auswirkungen des § 308 Abs. 3 AktG auf einen veränderten Inhalt der Weisungen aufgrund paritätischer Mitbestimmung in der Untergesellschaft unberücksichtigt läßt; siehe Farthmann, Die Zeit vom 15.11.74, S. 35. Nach Schwerdtfeger, Mitbestimmung und Grundgesetz, S. 126 und Lenk, S. 48, bringt die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat der Tochter eines Vertragskonzerns keine grundsätzlichen Veränderungen

Konzernunternehmen über ihre Vertreter teilhaben. Denn die wesentlichen Entscheidungen werden hier gefällt, und zwar nicht vom Vorstand allein, sondern unter Beteiligung des Aufsichtsrats, selbst wenn keine Zustimmungsbedürftigkeit gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG besteht. Hier werden sämtliche von einer wichtigen Weisung berührten Interessen überdacht. Wegen der Legitimation der Arbeitnehmervertreter durch alle Konzernarbeitnehmer verändert die Parität in der Obergesellschaft in erster Linie die Entscheidungsstruktur der Weisungen gegenüber den Untergesellschaften, ob nun eine Konzerngesamtstrategie verfolgt wird oder nicht.
Von daher gesehen ergeben sich im Konzern, was die einheitliche Leitung und deren Inhalt betrifft, im Vergleich zum konzernfreien Unternehmen keine wesentlichen Unterschiede. Ins Gewicht fallende Unterschiede können darin bestehen, daß durch mehrstufige paritätische Mitbestimmung ein den Konzern schädigender Zeitverlust in der Durchsetzung einer Maßnahme entstehen kann. Um dem zu entgehen, müßten Entscheidungen mit verändertem, arbeitnehmerakzeptablem Inhalt ergehen oder entsprechende Gegenleistungen für die Zustimmung der Arbeitnehmervertreter in der Tochter erbracht werden.

3) Gewährleistung einheitlicher Konzernpolitik im weisungsfreien Raum

a) Tochtervorstand und Konzerninteresse

Befindet sich der Vorstand der Untergesellschaft im weisungsfreien Raum, stellt sich die Frage, an welchen Interessen er sich zu orientieren hat.
Geht man von der Wirkung der Eingliederung oder des Beherrschungsvertrages für die Untergesellschaft aus, die deren Verfassung tiefgreifend umstrukturiert, liegt es nahe, den Tochter-Vorstand auch bei Geschäften, denen keine Weisung zugrundeliegt, an das vom herrschenden

Unternehmen festgelegte Konzerninteresse zu binden[1]. Unter Konzerninteresse soll das Interesse verstanden werden, daß sämtliche Konzernglieder zum Nutzen des Gesamtverbundes die von der Obergesellschaft festgelegte Konzernpolitik zu den Maximen des unternehmerischen Handelns machen[2].

Unter der gegebenen Rechtslage ist jedoch eine derartige Bindung des Vorstands außerhalb der Weisungsgebundenheit nicht zwingend anzunehmen. Vielmehr sprechen die stärkeren Argumente für die gegenteilige Auffassung[3]. Der Tochter-Vorstand wird bei Bestehen eines Eingliederungsverhältnisses oder eines Beherrschungsvertrags nicht zum Organ des herrschenden Unternehmens. Um selbständig Maßnahmen im Konzerninteresse in der Untergesellschaft treffen zu können, bedarf es eines umfassenden Informationsstandes und Überblicks über die Verhältnisse und die Lage des Konzernganzen. Darüber verfügt aber nur der Vorstand der Konzernspitze. Der Vorstand der Tochter ist also in der Regel gar nicht in der Lage, das konkrete Konzerninteresse festzustellen. Wenn diese Tatsache ausschlaggebender Grund dafür ist, daß der Vorstand der Tochter nahezu jede Weisung befolgen muß[4], ohne das Recht zu haben, ihre Übereinstimmung mit dem Konzerninteresse zu überprüfen[5], kann für das Handeln des Vorstands im weisungsfreien Raum nicht plötzlich eine Bindung an das Konzerninteresse hergestellt werden.

Allein das Weisungsrecht konkretisiert die Geschäftsführung des Vorstands der Untergesellschaft. Außerhalb von Weisungen ist er in seiner Geschäftsführung nach § 76 Abs. 1 AktG frei, das heißt nur an das eigene Gesellschafts

---

1 So Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 308 Rdnrn. 23 f

2 Biedenkopf/Koppensteiner, a.a.O., Rdnr. 11; mehr dem Allgemeininteresse gleichsetzend Zöllner, Stimmrechtsmacht, S. 79 ff, 84

3 Würdinger in Großkomm. AktG, § 308 Anm. 2; idS wohl auch Gutjahr, S. 108 und 109, der dies mit dem fortbestehenden Eigeninteresse des abhängigen Unternehmens begründet

4 Ausnahme § 308 Abs. 2 Satz 2 AktG

5 Emmerisch/Sonnenschein, S. 133

(Unternehmens-)interesse gebunden[1]. Hier ist er auch weiterhin haftungsrechtlich voll verantwortlich.
Das Gesetz gibt keinerlei Anhaltspunkt dafür, daß das Konzerninteresse die Geschäftsführung des Tochtervorstands außerhalb von Weisungen konkretisiert.

Bei Geltung paritätischer Mitbestimmung bleiben weitere Gesichtspunkte zu berücksichtigen.
Unter der BetrVG-Mitbestimmung reicht für die Wahl des Vorstands gemäß § 133 Abs. 1 AktG einfache Stimmenmehrheit aus. Der Vorstand der Untergesellschaft erhält demzufolge seine Legitimation letztlich von den Vertretern des herrschenden Unternehmens, die gleichzeitig auch Vertreter des Konzerninteresses sind. Dieser Umstand fließt naturgemäß in die Vorstandstätigkeit mit ein, so daß man immerhin noch sagen könnte, der Vorstand sei überwiegend vom Konzerninteresse legitimiert und somit auch weitgehend an dieses gebunden.
Die paritätische Mitbestimmung bringt nunmehr den Gesichtspunkt der gleichberechtigten und -gewichtigen Arbeitnehmerlegitimation in das Vorstandshandeln mit hinein, so daß der Vorstand nicht mehr primär vom Konzerninteresse, sondern zum gleichen Teil vom Arbeitnehmerinteresse legitimiert ist. Der Tochter-Vorstand ist von Arbeitnehmerseite nicht gewählt, um Konzerninteressen wahrzunehmen, sondern deshalb, um bei unternehmerischen Entscheidungen im weisungsfreien Raum die Interessen der Arbeitnehmerschaft des eigenen Unternehmens mit einzubeziehen. Damit kann eine Bindung erst recht nicht gegeben sein.

b) Mögliche Entwicklungstendenzen

Nach der hier vertretenen Auffassung (Nichtbindung des Vorstands abhängiger Unternehmen an das Konzerninteresse im weisungsfreien Raum) werden bei echter paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung dem Tochter-Vorstand außerhalb von Weisungen weit mehr Möglichkeiten eröffnet, eine spezifischere, im Interesse der eigenen Gesellschaft liegende

---

1 Würdinger in Großkomm. AktG, a.a.O.

Unternehmenspolitik zu betreiben. Diese braucht nicht dekkungsgleich mit dem Konzerninteresse zu sein, wenn sie auch meist mit dem Konzerninteresse in Einklang zu bringen sein wird.
Es ist zwar nicht zu verkennen, daß selbst bei paritätischer Mitbestimmung in der Untergesellschaft eines Vertrags- und Eingliederungskonzerns dem Tochter-Vorstand die Bewegungsfreiheit vorgezeichnet wird, weil die einheitliche Leitung doch regelmäßig ausgeübt wird und von daher schon seinen Entscheidungen Grenzen gezogen sind. Vor allem aber muß sich die Konzernspitze der Konzerneinheit wegen alle wesentlichen Entscheidungen selbst vorbehalten, so daß dem Tochter-Vorstand außerhalb von Weisungen ein eigener Entscheidungsspielraum nur über weniger relevante Unternehmensfragen zur Verfolgung einer eigenen gesellschaftsorientierten Politik verbleibt. Selbst wenn man eine Bindung des Tochter-Vorstands an das Konzerninteresse anerkennt, wird er aufgrund der Legitimation durch Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter in die Lage versetzt, eine vom Konzerninteresse abweichende Unternehmenspolitik zu betreiben. Denn bei dem Begriff des Konzerninteresses handelt es sich um einen Rechtsbegriff, der eine weite Auslegung zuläßt.

Ein nach § 28 Abs. 4 Satz 3 RegE MitbG 74 oder nach § 31 Abs. 4 MitbG 76 mit Hilfe des Stichentscheids gewählter Vorstand dürfte dagegen eher geneigt sein, die Konzernbelange gegenüber den Gesellschaftsbelangen in den Vordergrund zu rücken. Das ist nach dem MitbG 76 noch realistischer als nach dem RegE MitbG 74, da nach dem MitbG 76 die Vertreter des herrschenden Unternehmens im Aufsichtsrat der Tochter letztlich in allen Fragen ein Übergewicht im Verhältnis zu den Arbeitnehmervertretern haben.

4) Weitere aktienrechtliche Möglichkeiten zur Vereinfachung der Konzernleitung und ihre Anwendung in der Praxis

a) Die Regelungen der §§ 111 Abs. 4 Satz 3 und 4, 119 Abs. 2 AktG

Die §§ 111 Abs. 4 Satz 3 und 4, 119 Abs. 2 AktG betreffen die Anrufung der Hauptversammlung durch den Vorstand in Geschäftsführungsangelegenheiten. Hat das herrschende Unternehmen eine Weisung an den Vorstand des abhängigen Unternehmens erteilt, so muß zunächst davon ausgegangen werden, daß § 308 Abs. 3 Satz 1 AktG keine speziellere Vorschrift ist, die ein Vorgehen über § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG ausschließt. Wenn der Aufsichtsrat der Untergesellschaft eingeschaltet war, ist dem Verfahrensgang nach § 308 Abs. 1 Satz 1 AktG Genüge getan. Bei echter paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung in der Untergesellschaft wird der Vorstand der Tochter, unabhängig von den damit verbundenen organisatorischen Schwierigkeiten, aufgrund seiner Legitimation wohl kaum freiwillig zu dem Mittel des § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG greifen, wenn eine Weisung der Obergesellschaft im Aufsichtsrat der Tochter keine Zustimmung gefunden hat. Aus dem Streit um die Durchsetzung der für ihn rechtlich verbindlichen Weisung zwischen herrschendem Unternehmen und dem Aufsichtsrat der Tochter wird er sich heraushalten und nicht unnötigerweise die Konfrontation mit einem der beiden Aufsichtsratsblöcke suchen. Diese Vermutung wird dadurch gestützt, daß die Regelung des § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG schon bisher fast nie zur Anwendung gekommen ist[1].

Anders gestaltet sich die Situation, wenn das herrschende Unternehmen über sein umfassendes Weisungsrecht nach § 308 Abs. 1 AktG in der Lage ist, die Anrufung der Hauptversammlung durch den Tochter-Vorstand zu erzwingen. Das Weisungsrecht als Konkretisierung der Geschäftsführung bezieht sich auf alle Maßnahmen, die der Tochter-Vorstand ausführen kann und muß[2]. Dazu gehört auch die Einberufung der Hauptversammlung nach §§ 111 Abs. 4 Satz 3, 119 Abs. 2 AktG.
Einer Weisung an den Tochter-Vorstand, die Vorschrift des § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG anzuwenden, geht die Blockierung einer Maßnahme im Aufsichtsrat der Untergesellschaft voraus.

---

1 Raiser, Festschrift L. Raiser, § 361 und 368; Bayer, DB 75, S. 1171

2 Godin/Wilhelmi, § 308 Anm. 2; Würdinger in Großkomm. AktG, § 308 Anm. 9

Diese Vorschrift betrifft demgemäß den Konflikt zwischen dem herrschenden Unternehmen und dem Aufsichtsrat der Untergesellschaft.
Liegt der Weisung die Einberufung der Hauptversammlung gemäß § 119 Abs. 2 AktG zugrunde, um in der Hauptversammlung mit der Stimmenmehrheit der Obergesellschaft eine geplante Maßnahme der Konzernspitze durchzusetzen, kann der mitbestimmte Aufsichtsrat in der Untergesellschaft völlig übergangen werden, selbst wenn die geplante Maßnahme seiner Zustimmung unterfällt[1]. Entscheidet die Hauptversammlung, muß der Tochter-Vorstand aufgrund der eindeutigen gesetzlichen Regelung des § 83 Abs. 2 AktG die beschlossene Maßnahme ausführen[2]. Aus diesem Grund ist auch eine Zustimmung des Tochter-Aufsichtsrats zu dem Beschluß der Tochter-Hauptversammlung abwegig.

Fraglich erscheint es jedoch, ob bei einer Anweisung an den Tochter-Vorstand, den Weg des § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG zu beschreiten, überhaupt noch die Regelung des § 308 Abs. 3 Satz 2 Halbs.2 AktG (Zustimmung des Aufsichtsrats der Obergesellschaft) eingreift.
Sicherlich ist die Anweisung, die der Weisung zugrundeliegende Maßnahme der Hauptversammlung zur Entscheidung vorzulegen, mit der ursprünglichen Weisung nicht identisch, so daß man nicht von einer Wiederholung der ursprünglichen Weisung iSv § 308 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 AktG sprechen kann[3]. Es wird aber verkannt, daß sich der vom herrschenden Unternehmen in seinem Sinn gefaßte Beschluß in der Hauptversammlung der Tochter hinsichtlich des Endziels inhaltlich genau auf die ursprüngliche Weisung bezieht und das Stimmrecht der Obergesellschaft in der Hauptversammlung der Tochter vom Vorstand der Konzernspitze ausgeübt wird. Wegen der bereits bestehenden Bindung des Tochter-Vorstands an die ursprüngliche Weisung ist die erzwungene Entscheidung der Mutter in der Hauptversammlung der Tochter tat-

---

1 Barz in Großkomm. AktG, § 119 Anm. 9

2 Siehe dazu Hefermehl in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 83 Rdnr. 11; Barz, a.a.O., § 119 Anm. 8

3 Richtig Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 47; a.A. Hoffmann, BB 74, S. 1280

sächlich und rechtlich nichts anderes als eine Wiederholung der ursprünglichen Weisung. Deshalb benötigt der Vorstand der Obergesellschaft bei der Beschlußfassung die Zustimmung seines Aufsichtsrats gemäß § 308 Abs. 3 Satz 2 Halbs.2 AktG.
Bei einer Anweisung hinsichtlich des § 119 Abs. 2 AktG kann § 308 Abs. 3 AktG nicht eingreifen, weil die Voraussetzungen nicht gegeben sind. Jedoch wird man aus Gründen einer zu leichten Umgehung des § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG und eines zu leichten Überspielens des paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrats der Untergesellschaft[1] auch für die Entscheidung nach § 119 Abs. 2 AktG in Anlehnung an § 111 Abs. 4 Satz 4 AktG eine Dreiviertelmehrheit des vertretenen Grundkapitals verlangen müssen[2]. Über diese dürfte das herrschende Unternehmen allerdings im Vertrags- und Eingliederungskonzern in aller Regel verfügen.

Der Weg über § 111 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG ist wegen der Dazwischenschaltung der Tochter-Hauptversammlung noch umständlicher angelegt als der normale Verfahrensablauf des § 308 Abs. 3 AktG. Er bringt dem Vorstand der Konzernspitze für die Durchsetzung einer Maßnahme keine Vorteile, weil § 308 Abs. 3 Satz 2 Halbs.2 AktG auch dann Anwendung findet, wenn eine Weisung in der Konzernuntergesellschaft blockiert worden ist und nunmehr in der Hauptversammlung über die Weisung abgestimmt wird.
Was den Verfahrensablauf des § 119 Abs. 2 AktG anbelangt, wird ihn der Vorstand der Konzernspitze einmal nur wählen, wenn er die Mehrheit seines Aufsichtsrats für die Durchsetzung einer Maßnahme hinter sich weiß, selbst wenn dieses Geschäft nicht der Zustimmung des Aufsichtsrats gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG bedarf. Zum anderen wird er diesen Weg nur in ganz wenigen Fällen einschlagen können, weil jede Verlagerung einer Sachentscheidung (wie auch einer Personalentscheidung) in die Hauptversammlung,

---

1 § 111 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG ist gerade aus mitbestimmungsrechtlichen Gründen eingefügt worden, Ausschußbericht zu § 111 bei Kropff, S. 156

2 Barz, a.a.O., § 119 Anm. 9; Hölters, BB 75, S. 798 Fußn. 17; Martens, ZHR 138 (1974), S. 210

einem der Öffentlichkeit nicht verschlossen bleibenden Organ, mit Unannehmlichkeiten verbunden ist[1]. Des weiteren kommen die Schwierigkeiten eines solchen Verfahrens hinzu, wie sie bereits bei der Vorstandsbestellung nach § 28 Abs. 4 Satz 3 RegE MitbG 74 dargelegt wurden[2].

Ein nach § 28 Abs. 4 Satz 3 RegE MitbG 74 gewählter Vorstand der Untergesellschaft wird zwar vielleicht eher bereit sein, nach Blockierung der Weisung im Aufsichtsrat die Hauptversammlung gemäß § 111 Abs. 4 Satz 3 AktG anzurufen. Die Unannehmlichkeiten, von §§ 111 Abs. 4 Satz 3, 119 Abs. 2 AktG Gebrauch zu machen, bleiben aber bestehen.

Nach dem MitbG 76 wird es bei Weisungssachentscheidungen kaum zu einer Blockierung im Aufsichtsrat der Untergesellschaft kommen, weil hier letztlich doch ein Übergewicht der Vertreter der Obergesellschaft besteht, Somit erübrigt sich ein Vorgehen über obige Vorschriften. Sollte es dennoch einmal zu einer Blockierung kommen, bleibt dem Vorstand der Muttergesellschaft immer noch der erträglichere Weg des § 308 Abs. 3 Satz 2 Halbs.2 AktG, bei dem die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat mit dem Stichentscheid des Aufsichtsratsvorsitzenden die Maßnahme in der Untergesellschaft endgültig durchsetzen können, wenn es eines Stichentscheids überhaupt bedarf.

b) Die Zustimmungspflichtigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen als Lösungsansatz (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG)

Gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG kann die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmte Geschäfte an die Zustimmung des Aufsichtsrats binden.
Die Streitfrage, inwieweit die Satzung das Recht des Aufsichtsrats, bestimmte Geschäfte für zustimmungspflichtig zu erklären, einschränken kann, kann letztlich für die Tochtergesellschaft offengelassen werden. Sowohl in der

---

1 Ballerstedt, ZRP 74, S. 292
2 Vgl. S. 54 ff

Hauptversammlung als auch im Aufsichtsrat der Untergesellschaft kann die Mutter über die Zustimmungsbedürftigkeit bestimmen. Selbst wenn die Satzung das Recht des Aufsichtsrats nicht beschneiden kann[1], was wohl aus mitbestimmungsrechtlichen Gründen und aus der Tatsache, daß die Hauptversammlung der AG nicht mehr oberstes Willensbildungsorgan ist, richtig erscheint, so ist es doch den Vertretern des herrschenden Unternehmens im Aufsichtsrat der Tochter aufgrund eines einheitlichen Interesses möglich, durch ein geschlossenes Veto den Kreis zustimmungsbedürftiger Geschäfte stark einzugrenzen oder auf Null zu reduzieren.

Den Arbeitnehmervertretern wird es natürlich darum gehen, in den Untergesellschaften den Kreis zustimmungspflichtiger Geschäfte möglichst weit zu ziehen, um die paritätische Mitbestimmung so effektiv wie nur eben möglich zu machen. Auf der anderen Seite steht das Interesse des herrschenden Unternehmens, möglichst zügig und ohne Zeitverlust eine Maßnahme in der Tochter durchsetzen zu können, sofern es dadurch nicht andere Nachteile in Kauf nehmen muß.

Im Vertrags- und Eingliederungskonzern kann das herrschende Unternehmen nicht bestrebt sein, wichtige Entscheidungen, die durch Weisung gegenüber dem Vorstand der Tochter durchgesetzt werden können, auch noch der Zustimmung durch deren Aufsichtsrat zu unterwerfen. Denn hier ist nur eine Blockierung von Seiten der Arbeitnehmervertreter zu erwarten. Solange die Leitung der Untergesellschaft in besonders wichtigen Fragen durch Ausübung des Weisungsrechts gesteuert werden kann, ist es für die Obergesellschaft nicht sinnvoll[2], diesbezügliche Geschäfte im Aufsichtsrat der Tochter zustimmungspflichtig zu machen. Das führt weder zu einem Machtzuwachs des Tochter-Vorstands[3], weil er an

---

1 So Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 111 Rdnr. 63; Godin/Wilhelmi, § 111 Anm. 5; Hoffmann, GmbH-Rundschau 74, S. 76; a.A. Baumbach/Hueck, § 111 Rdnr. 10; Hölters, BB 75, S. 798/799; Wiedemann, Festschrift Barz 74, S. 571

2 A.A. Hoffmann, GmbH-Rundschau 74, S. 76

3 So Lutter, a.a.O., S. 35

die Weisungen gebunden ist, noch kann man ein derartiges Vorgehen der Obergesellschaft als Nötigung zu einem Kunstgriff[1] gegenüber der Untergesellschaft bezeichnen. Vielmehr ist dies zur Sicherung einheitlicher Leitung geradezu geboten.

Die Zustimmungsbedürftigkeit bestimmter Geschäfte erfüllt ihren guten Zweck. Als vorweggenommene Kontrolle verhindert sie eine Machtzusammenballung beim Vorstand, was zum Nutzen der in der Gesellschaft wirkenden Interessengruppen ist. Sicherlich ist es in einem großen Konzern auch unmöglich, die Tochterunternehmen ständig mit Hilfe des Weisungsrechts zu lenken. Unter diesem Blickwinkel scheint es auch wenig zweckmäßig, die Zustimmungspflichtigkeit in der Tochter auf Null zu reduzieren[2]. Es ist deshalb auch für die Obergesellschaft angebracht, zusammen mit den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat der Untergesellschaft oder über die Satzung bestimmte Geschäftsarten, die in ihrer Bedeutung für den Konzern nicht von so schwerwiegender Natur sind, für zustimmungspflichtig zu erklären. Dadurch kann sich der Vorstand bei diesen Geschäften, die er außerhalb von Weisungen ausführt, dem Einfluß des Aufsichtsrats der Tochter nicht entziehen.
Wenn man den Arbeitnehmervertretern in der Obergesellschaft Mitbestimmungsrechte in ausreichendem Umfang über § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG einräumt, wird ein mitbestimmungsrechtlicher Ausfall im Aufsichtsrat der Untergesellschaft auch zu keinen unerträglichen Spannungen zwischen herrschendem Unternehmen und der Konzernarbeitnehmerschaft führen.

5) Mehrstufige paritätische Mitbestimmung und die Regelungen der §§ 17 Abs. 1 und 18 Abs. 1 Satz 2 AktG

Mit dem Begriff der Abhängigkeit wird die Möglichkeit verbunden, daß ein Unternehmen dem anderen auch gegen dessen

---

1 Ballerstedt, a.a.O., S. 292

2 Martens, a.a.O., S. 222 hält eine Reduzierung auf Null in nicht überzeugender Weise für unzulässig

Widerstand seinen Willen aufzwingen und durchsetzen kann. Da das Wesen der Abhängigkeit nicht in der tatsächlichen Einflußnahme besteht, sondern allein in ihrer Möglichkeit, ändert die mehrstufige paritätische Mitbestimmung im Vertrags- und Eingliederungskonzern nichts an dem Abhängigkeitstatbestand iS von § 17 Abs. 1 AktG. Insofern bleibt es bei der bisherigen Rechtslage.

§ 18 Abs. 1 Satz 2 AktG normiert eine unwiderlegliche Vermutung der Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung, wenn ein Beherrschungsvertrag (§ 291 AktG) oder ein Eingliederungsverhältnis besteht. Das überzeugt, wenn beide Aufsichtsräte der Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer oder dem MitbG 76 unterliegen.

Stellt man bei mehrstufiger paritätischer Mitbestimmung im Vertrags- und Eingliederungskonzern allein auf die Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens als solche ab, zeigt sich, daß wegen der Existenz des § 308 und des § 323 AktG die einheitliche Leitung weiter in den Händen der Obergesellschaft liegt, was die unwiderlegliche Vermutung des § 18 Abs. 1 Satz 2 AktG rechtfertigen würde. Dabei käme es dann nicht darauf an, ob die mehrstufige paritätische Mitbestimmung inhaltliche Auswirkungen oder Veränderungen der in der Konzernspitze festgelegten Konzernpolitik und -planung nach sich zieht. Auch bisher ist die rechtlich anerkannte Leitungsmacht im Vertrags- und Eingliederungskonzern maßgebliche Ursache für die unwiderlegliche Vermutung der Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung[1].

Trotzdem darf, auch wenn dem herrschenden Unternehmen bei Parität auf mehreren Konzernstufen weiterhin die rechtliche Leitungsmac ht unverändert zukommt, nicht übersehen werden, daß der Gesetzgeber bei Schaffung des § 308 Abs. 3 AktG grundsätzlich von anderen Voraussetzungen ausging und ausgehen konnte.

Durch die BetrVG-Mitbestimmung sind die Mehrheitsverhältnisse im Aufsichtsrat der Ober- und Untergesellschaft

---

1 Würdinger in Großkomm. AktG, § 18 Anm. 7

so angelegt, daß die in der Muttergesellschaft festgelegte Konzernpolitik im Interesse der Einheit des Konzerns auch in den abhängigen Unternehmen verwirklicht werden kann. Das Wesen des Konzerns besteht gerade darin, daß das herrschende Unternehmen seine ihm zugewiesene Leitungsmacht dazu einsetzt, ohne Rücksicht auf die Konzernglieder eine Politik zu betreiben, die dem Konzernganzen gerecht wird, nicht aber einzelnen Konzernteilen[1]. Wegen der Regelung des § 308 Abs. 3 Satz 2 Halbs. 2 AktG hat das herrschende Unternehmen auch weiter die Möglichkeit, eine im abhängigen Unternehmen blockierte Entscheidung, wenn auch mit Verzögerung, im Interesse der Konzerneinheit durchzusetzen.

In Einzelfällen besteht aber durchaus die Möglichkeit, daß der Vorstand der Mutter bei Ausübung der Leitungsmacht gewissermaßen dazu gezwungen ist, die Sonderinteressen der abhängigen Gesellschaft zu berücksichtigen. Eine solche Entwicklung nähert sich einer Gliedpolitik, die dem Einheitsgedanken des Konzerns entgegengesetzt gegenübersteht. Es kann dabei keinen Unterschied machen, ob die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Untergesellschaft oder in der Obergesellschaft der auslösende Faktor dieser tendenziellen Gliedpolitik sind. Zwar sind die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Mutter Mitglieder eines ihrer Organe, doch auf herrschende und abhängige Unternehmen bei der Frage abzustellen, in welchem Maße konzerneinheitliche Politik betrieben werden kann, wäre reiner Formalismus. Ein Verfolgen von Sonderinteressen durch die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Muttergesellschaft ist nichts anderes als ein bloßer Verlagerungsakt.
Entscheidend kann nur sein, wie und unter welcher Beteiligung der Leitungsmachtwille in der Konzernspitze gebil-

---

1 S. 14/15

det wird[1].
Trotz der Vorschrift des § 308 Abs. 3 AktG ist bei mehrstufiger paritätischer Mitbestimmung die Möglichkeit gegeben, im Konzern eine Gliedpolitik zu betreiben. Damit ist eine einheitliche, im Gesamtinteresse des Konzerns liegende Leitung nicht mehr voll gewährleistet.
Dies begründet die Ansicht, daß bei mehrstufiger paritätischer Mitbestimmung eine unwiderlegliche Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung gemäß § 18 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht mehr angebracht erscheint[2]. Hier muß man sich für eine widerlegliche Vermutung entscheiden.
Inwieweit die Widerlegung gelingen wird, wird zu einem Großteil davon abhängen, wie groß der Einfluß der Arbeitnehmervertreter eines abhängigen Unternehmens ist und in welchem Maße die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Konzernspitze ein gemeinsames Konzernbewußtsein und eine Konzerngesamtstrategie entwickeln.
Feststehen dürfte allerdings, daß nur in ganz wenigen Ausnahmefällen mehrstufige paritätische Mitbestimmung Anlaß geben wird, die einheitliche Leitung zu widerlegen, so daß man wegen der fast nur theoretischen Möglichkeit der Widerlegung auch an der bisherigen Unwiderleglichkeit festhalten könnte.

Das Fehlen der Personalhoheit kann im Vertrags- und Eingliederungskonzern für eine widerlegliche Konzernvermutungsregelung allein nicht ausreichen[3]. Der Vorstand der Untergesellschaft ist weisungsgebunden und trägt auch bei paritätischer Auswahl nur wenig zur Willensbildung des herrschenden Unternehmens bei. Zugegebenermaßen wird er im weisungsfreien Raum nicht mehr der Garant konzerngetreuen Verhaltens und einheitlicher Leitung wie in bisheriger Weise sein.
Vertritt man die Auffassung, daß sich der Vorstand der Unterge-

---

1 A.A. Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 52, nach dem die Veränderung der Entscheidungsstruktur in der Obergesellschaft die Möglichkeit zu einheitlicher Leitung im Vertragskonzerns nicht entscheidend verändert

2 Im Ergebnis auch Lutter, a.a.O., S. 52

3 So aber Lutter, a.a.O., S. 52

sellschaft stets vom Konzerninteresse leiten lassen muß[1], wird erst recht deutlich, daß der Verlust der Personalhoheit nicht zu einer widerleglichen Vermutung führen kann. Nach der hier vertretenen Auffassung, wonach der Vorstand nicht an das Konzerninteresse gebunden sein kann[2], kann es bisweilen passieren, daß der Vorstand von der Konzernlinie abweicht. Diese Abweichungen betreffen aber keine wesentlichen Entscheidungsbereiche. Sie behält sich die Konzernspitze in aller Regel der Erhaltung der Konzerneinheit wegen selbst vor, die sie auch dem Vorstand gegenüber durchzusetzen in der Lage ist, ohne die Entscheidung auf das Vorstandsverhalten einstellen zu müssen.

Daß diese Ausführungen erst recht ihre Gültigkeit bei einem nach § 28 RegE MitbG 74 gewählten Vorstand haben, bedarf keiner weiteren Erläuterung.
Unter Geltung des MitbG 76 wird man dagegen wegen des Stimmenübergewichts der Anteilseignerseite an der unwiderleglichen Vermutung des § 18 Abs. 1 Satz 2 AktG voll festhalten müssen.

6) Gesamtergebnis

Als Gesamtergebnis läßt sich für die Durchsetzung einheitlicher Leitung im Vertrags- und Eingliederungskonzern sowohl bei Geltung echter, mehrstufiger paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung als auch des RegE MitbG 74 festhalten, daß bei Sachentscheidungen die Möglichkeit eines Widerstandes durch die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Untergesellschaft besteht.
Dieser Umstand erfordert ein kluges Taktieren und einen Umdenkungsprozeß auf Seiten des konzernleitenden Vorstands. Welche der ihm zur Verfügung stehenden rechtlichen und kommunikatorischen Mittel er im Einzelfall ausschöpft, um eine Maßnahme letztendlich in der Tochter durchzusetzen, wird er unter Abwägung aller Umstände, insbesondere durch Berücksichtigung eines auftretenden Konfrontationskurses

---

1 Siehe S. 88 Fußn. 1

2 Siehe S. 88 f

mit der Konzernarbeitnehmerschaft, zu entscheiden haben. Dabei muß er besonderen Wert auf ein vertrauensvolles Verhältnis zu seinem eigenen Aufsichtsrat legen. In diesem Zusammenhang wird der Tätigkeit des Konzernspitzenvorstands der Umstand zugutekommen, daß die Arbeitnehmervertreter seines Aufsichtsrats, genau wie er selbst, weitgehend eine auf das Ganze bezogene, konzernorientierte Politik verfolgen müssen.

Bevor er seine Weisung ausspricht, ist es ratsam, daß er sich im Hinblick auf § 308 Abs. 3 Satz 2 Halbs.2 AktG auch dann Rückendeckung bei seinem Aufsichtsrat holt, wenn die der Weisung zugrundeliegende Maßnahme hier selbst nicht gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG zustimmungspflichtig sein sollte. Damit dürfte dann auch gewährleistet sein, daß die Durchsetzung in der Tochter, wenn auch zeitverzögert, sichergestellt ist.

Dagegen ist es nicht möglich, den Aufsichtsrat der Konzernspitze auszuschließen, wenn eine Weisung im Aufsichtsrat der Tochter blockiert worden ist.[1]

Ein völliges Übergehen des Aufsichtsrats der Untergesellschaft und damit des Mitbestimmungseinflusses ist nur über den Weg einer Anweisung über § 119 Abs. 2 AktG möglich. Dieser Weg dürfte aber aus den dargelegten Gründen nur in Ausnahmefällen durchführbar sein.

Durchführbar allerdings ist die teilweise Ausschaltung des Arbeitnehmereinflusses im Aufsichtsrat der Untergesellschaft, indem besonders wichtige Geschäfte, die kraft Weisung durchgesetzt werden können und sollen, in der Untergesellschaft mit dem Veto der Vertreter des herrschenden Unternehmens erst gar nicht für zustimmungsbedürftig erklärt werden. Gerade hieran zeigt sich, daß ein Ausgleich der widerstreitenden Interessen des herrschenden Unternehmens und der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Untergesellschaft stets in der Obergesellschaft stattfinden wird. Das bedeutet, daß selbst dann, wenn der Kreis zustimmungspflichtiger Geschäfte in der Untergesellschaft weit gezogen ist, die Weisungen hier meist inhaltlich so ankommen werden, daß sie auch für die Arbeitnehmervertreter annehmbar sind. Insofern ist es auch keineswegs richtig, wenn man

1 Siehe S. 92 f

allgemein die paritätische Mitbestimmung in der Tochter für eine Erschwerung der einheitlichen Leitung im Vertrags- und Eingliederungskonzern verantwortlich macht[1].
Im Vergleich zum paritätisch mitbestimmten, rechtlich unverbundenen Unternehmen, in dem der entsprechende Ausgleich mit den Arbeitnehmerinteressen der verschiedenen Betriebsabteilungen gefunden werden muß, ergeben sich in der einheitlichen Leitung kaum Unterschiede.
Was den Verlust der Personalhoheit in der Untergesellschaft bei echter paritätischer Mitbestimmung anbelangt, sollte man dies im Vertrags- und Eingliederungskonzern nicht überbewerten.

Insbesondere bei echter paritätischer Mitbestimmung verbleibt dem Tochter-Vorstand kein all zu großer Entscheidungsspielraum im weisungsfreien Raum, um eine konzernunabhängigere, eigene Gesellschaftspolitik zu betreiben. Dazu sind ihm schon aufgrund wichtiger Weisungsentscheidungen, die sein weiteres unternehmerisches Handeln bestimmen, und durch den Bedeutungsgrad der Entscheidungen, die ihm verbleiben, Grenzen gesetzt. Zudem bleibt auch ihm nichts anderes übrig, als ein gutes Verhältnis mit den Aufsichtsratsblöcken herzustellen, so daß sich auch im weisungsfreien Raum ein Kompromiß erzielen lassen wird, der sowohl mit dem Konzerninteresse als auch dem Arbeitnehmerinteresse zu vereinbaren ist.
Mehrstufige paritätische Mitbestimmung im Vertrags- und Eingliederungskonzern birgt nach alle dem im Vergleich zum konzernfreien Unternehmen keine größeren wirtschaftspolitischen Gefahren[2].

---

1 Hoffmann, Handelsblatt vom 18.11.1974, S. 2
2 So aber Hoffmann, Handelsblatt, a.a.O.

VI) Mehrstufige paritätische Mitbestimmung und faktischer Konzern

1) Zulässigkeit und Gefahren einheitlicher Leitung

Mit Rücksicht darauf, daß § 311 AktG nachteilige Einflußnahmen gegen einen entsprechenden Ausgleich gestattet, wird nach einer verbreiteten Meinung angenommen, daß das AktG damit den faktischen Konzern rechtlich anerkennt[1].

Die Gegenmeinung argumentiert von der Schadensersatzpflicht her, die das herrschende Unternehmen gemäß § 317 Abs. 1 AktG trifft und zieht von hier aus die Grenzen der Ausübung einheitlicher Leitung[2]. Danach sind Schadensersatzpflicht iS von § 317 Abs. 1 AktG und Nachteilsausgleichspflicht iS von § 311 Abs. 1 AktG nicht getrennt voneinander zu sehen. Vielmehr ist die Nachteilsausgleichspflicht Bestandteil und Art der Schadensersatzverpflichtung[3]. Demgemäß besteht für das herrschende Unternehmen bei jeder nachteiligen Einflußnahme, ob sie nun ausgeglichen wird oder nicht, grundsätzlich[4] eine Schadensersatzpflicht gegenüber dem abhängigen Unternehmen. Die das herrschende Unternehmen für nachteilige Einflußnahmen treffende Schadensersatzverpflichtung in der Form des Nachteilsausgleichs bedeutet im Ergebnis, daß das rechtlich iS des § 311 AktG abhängige Unternehmen dem herrschenden wie ein wirtschaftlich unabhängiges gegenübersteht, so daß für eine rechtliche Anerkennung des faktischen Konzerns durch die §§ 311 ff AktG kein Raum ist[5].

---

1 Luchterhandt, ZHR 133 (1970), S. 11; Begr. RegE zu § 311 bei Kropff, S. 407; Adler/Düring/Schmaltz, § 311 Rdnr. 1-3; Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, § 311 Rdnr. 20 und 28

2 Mestmäcker, Festgabe Kronstein 67, S. 129 ff, 142 ff; Emmerich/Sonnenschein, § 146/147; Bälz, Festschrift L. Raiser 74, S. 308

3 So insbesondere Bälz, a.a.O., S. 310; Würdinger a.a.O.

4 Ausnahme § 317 Abs. 2 AktG

5 Bälz, a.a.O., S. 310/311; Würdinger, a.a.O.; Mestmäcker, a.a.O., S. 146; siehe auch Geßler, Festschrift Westermann 74, S. 145 ff, 150 ff, 154

Für eine rechtliche Anerkennung des faktischen Konzerns könnte sprechen, daß § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG für das Bestehen eines Konzerns nur die einheitliche Leitung, nicht aber notwendig einen Beherrschungsvertrag oder eine Eingliederung fordert. Auch die Entstehungsgeschichte der §§ 311 ff AktG könnte zumindest einen Anhaltspunkt dafür geben, daß auch der Gesetzgeber den faktischen Konzern rechtlich anerkennen wollte. Sollte noch nach § 284 des Referentenentwurfes von 1959 die Ausübung von Leitungsmacht ohne Beherrschungsvertrag durch eine strikte Erfolgshaftung ausgeschlossen werden, so hat das AktG 65 von einer solchen Regelung Abstand genommen. Die §§ 311 ff AktG sind sogar als das Kernstück des faktischen Konzerns bezeichnet worden[1].

Allein aufgrund dieser Anhaltspunkte kann aber nicht davon ausgegangen werden, daß die §§ 311 ff AktG den faktischen Konzern anerkennen. Die §§ 311 ff AktG gehen mit keinem Wort auf das Bestehen von Konzernverbindungen ein. Sie knüpfen vielmehr nur an den Abhängigkeitstatbestand und die Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages an.
Gewiß wird die Ansicht vertreten, es sei unerheblich, daß § 311 AktG nicht vom Konzern, sondern von einem Abhängigkeitsverhältnis spreche[2]. Daß die Gefahren, gegen die sich die §§ 311 ff AktG wenden, auch ohne Konzernleitungsmacht bestehen, ist insoweit auch richtig. Das ist aber kein ausschlaggebendes Argument für eine rechtliche Anerkennung des faktischen Konzerns. Ebenso könnte gefolgert werden, daß durch die Verwendung des Begriffes Abhängigkeit nur vereinzelte nachteilige Einflußnahmen bis zur Grenze einheitlicher Leitung zulässig sein sollen. Eine solche Auslegung wird sogar dem System des Einzelausgleichs für jede nachteilige Einflußnahme, das einer Konzernführung wesensfremd erscheint[3], besser gerecht.

Da die §§ 311 ff AktG nach Wortlaut und Tatbestandsstruktur nicht eindeutig zur Zulassung des faktischen Konzerns Stellnng beziehen, muß diesbezüglich vom Schutzzweck der §§ 311 ff AktG ausgegangen werden.

---

1 Begr. RegE zu § 311 bei Kropff, S. 407
2 Kropff, a.a.O., § 311 Rdnr. 11
3 Siehe auch Kropff, a.a.O., § 311 Rdnr. 18

Weil die §§ 311 ff AktG schon nicht von Leitungsmacht und Befolgungspflicht, wie etwa § 308 AktG, sprechen, kann dies bereits als Anhaltspunkt dafür aufgefaßt werden, daß die §§ 311 ff AktG zumindest nicht vornehmlich die Durchsetzung der Interessen des herrschenden Unternehmens oder des Konzerns schützen wollen. So herrscht denn auch weitgehend Einigkeit darüber, daß die §§ 311 ff AktG in erster Linie dem Schutz des abhängigen Unternehmens, seiner Minderheitsaktionäre und Gläubiger vor den Gefahren nachteiliger Einflußnahmen durch das herrschende Unternehmen dienen[1]. Daraus folgt weiter, daß die Möglichkeit, einheitliche Leitung auszuüben, gegenüber einer eigenständigen Unternehmensführung des abhängigen Unternehmens rechtlich nicht bevorzugt ist. Dieses Ergebnis wird dadurch gestützt, daß die Vermögensinteressen des herrschenden und des abhängigen Unternehmens gleichwertig sind[2]. § 311 AktG sieht grundsätzlich ein Verbot nachteiliger Einflüsse vor. Das Gesetz will insbesondere den Schutz von Minderheiten gegenüber Einflüssen des herrschenden Unternehmens zu regeln, nicht aber den faktischen Konzern als Organisationsform. Es ist deshalb auch verfehlt, dem Konzerninteresse im Rahmen der §§ 311 ff AktG den Vorrang einzuräumen[3]. Allenfalls könnten die §§ 311 ff AktG, wenn herrschendes und abhängiges Unternehmen entweder kooperativ zusammenarbeiten oder das abhängige die sachliche Autorität des herrschenden Unternehmens anerkennt, von einem gleichberechtigten Nebeneinander vom Konzerninteresse und eigenständiger Unternehmensführung ausgehen. Ein rechtlich anerkanntes Leitungsrecht des herrschenden Unternehmens, das die Geschäftsführung des Vorstands des abhängigen Unternehmens konkretisiert, besteht nicht. Die Leitung einer faktisch abhängigen AG steht weiter unter der eigenen Verantwortung ihres Vorstands[4]. Damit geht gleichzeitig die Pflicht einher, die Interessen

---

1 Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 17 Rdnr. 12; Emmerich/Sonnenschein, S. 143; Geßler, a.a.O., S. 147; Ausschußbericht zu § 311 bei Kropff, S. 408

2 Begr. RegE zu § 311 bei Kropff, S. 407

3 So aber Luchterhandt, a.a.O., S. 1 ff, 9 ff

4 Dem steht auch nicht § 318 AktG entgegen, der nur die Verantwortlichkeit des Vorstands des abhängigen Unternehmens erweitert, nicht aber § 93 AktG ausschließt; a.A. Luchterhandt, a.a.O., S. 12

seiner Gesellschaft zu wahren. Dementsprechend muß das herrschende Unternehmen das abhängige so ansehen, als ob es wirtschaftlich selbständig wäre[1].

Auch die in § 311 Abs. 1 AktG vorgesehene Ausgleichsregelung für zugefügte Nachteile kann nicht dafür herangezogen werden, daß eine umfassende einheitliche Leitung und damit der faktische Konzern rechtlich ermöglicht werden soll[2]. Nach § 311 Abs. 1 AktG ist das Verbot der nachteiligen Einflußnahme die Regel, der nachteilige Einfluß die Ausnahme. Legt das Gesetz aber ein solches Regel-Ausnahme-Prinzip zugrunde, so kann die Ausgleichspflicht als haftungsrechtliche Sanktion für nachteilige Einflußnahmen ein bestimmtes Verhalten nachträglich nicht legalisieren und somit auch nicht zu einer rechtlichen Anerkennung faktisch einheitlicher Leitung im umfassenden Sinn führen[3].

Aus alledem folgt, daß die §§ 311 ff AktG den faktischen Konzern zumindest rechtlich nicht anerkennen[4].
Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die §§ 311 ff AktG keine einheitliche Leitung zulassen. Bei Schaffung der §§ 311 ff AktG existierten faktische Konzerne. Hätte der Gesetzgeber den faktischen Konzern überhaupt nicht zulassen wollen, hätte er dies mit einem Verbot leicht klarstellen können. Das ist aber nicht geschehen. Auch der Gesetzgeber dürfte gesehen haben, daß sich die Macht des Faktischen durch ein Verbot nicht ausschließen läßt[5]. Die einheitliche Leitung

---

1 Geßler, Festschrift Kunze 69, S. 159 ff; 165; Martens, DB 70, S. 865 ff, 866; Wilhelmi, Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Stenogr. Berichte, 187. Sitzung, S. 9405

2 So aber Kropff, a.a.O., § 311 Rdnr. 12

3 Würdinger, a.a.O., § 311 Anm. 5; siehe auch Geßler, Festschrift Westermann 74, S. 145 ff, 151

4 Bälz, a.a.O., S. 310/311; Würdinger, a.a.O., Anm. 5; Mestmäcker a.a.O., S. 146; Geßler, a.a.O., S. 151; Biedenkopf/Koppensteiner, KK-Vorb. § 311 Rdnr. 9

5 Geßler, BB 71, S. 665 ff, 669: "Die Macht des Faktischen läßt sich nur schwer erfassen, ihre Ausübung schon gar nicht verbieten".

erfordert keine rechtlich anerkannte Leitungsmacht des herrschenden Unternehmens. Insbesondere unter den Voraussetzungen der BetrVG-Mitbestimmung kann die einheitliche Leitung durch Besetzung der Verwaltungsorgane des abhängigen Unternehmens mit Vertrauensleuten des herrschenden hergestellt werden. Auch Einflußnahmen, die nicht nachteilig sind, oder die vom Vorstand des abhängigen Unternehmens freiwillig befolgt werden, können als Mittel einheitlicher Leitung eingesetzt werden. Trotzdem konnte es dem Gesetzgeber nicht darum gehen, den faktischen Konzern als Organisationsform gesetzlich zu regeln, weil er gar nicht wissen konnte, wie sich die bestehende Ausgleichs- und Schadenersatzpflicht und die Ausgleichsfähigkeit einer nachteiligen Einflußnahme im Einzelfall auf das Merkmal der einheitlichen Leitung auswirken. Aus diesem Grund kann auch der Konzernvermutungsregelung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG keine entscheidende Bedeutung hinsichtlich einer rechtlichen Anerkennung des faktischen Konzerns zukommen[1]. Der Gesetzgeber hat es vielmehr dem herrschenden Unternehmen überlassen, ob es unter Beachtung der §§ 311 ff AktG in der Lage ist, Einflüsse zu einer einheitlichen Leitung zu verdichten. Damit hat der Gesetzgeber die Ausübung faktischer Macht zu einheitlicher Leitung rechtlich nicht anerkannt, aber im Einzelfall unter den Voraussetzungen der §§ 311 ff AktG stillschweigend geduldet[2].

Das entscheidende Merkmal für die Auslegung der §§ 311 ff AktG ist der Schutz des abhängigen Unternehmens, seiner Minderheitsaktionäre und Gläubiger. Deshalb findet die einheitliche Leitung und damit die Bildung eines faktischen Konzerns dort ihre Grenze, wo der Schutzzweck der §§ 311 ff AktG umgangen wird[3].

---

1 Siehe Biedenkopf/Koppensteiner, KK-Vorb. § 311 Rdnr. 14, die im Falle eines Wertungswiderspruchs zwischen § 18 Abs. 1 Satz 3 und §§ 311 ff AktG einen Vorrang der §§ 311 ff AktG annehmen

2 Geßler, Festschrift Westermann 74, S. 151

3 Biedenkopf/Koppensteiner, KK-Vorb. § 311 Rdnr. 15

Die §§ 311 ff AktG scheinen stillschweigend davon auszugehen, daß der von ihnen verfolgte Schützzweck und die einheitliche Leitung miteinander vereinbar sind. Auch der Ausschußbericht hält die Interessen der zu schützenden Minderheit durch die §§ 311 ff AktG für hinreichend gewährleistet[1]. Das ist jedoch keineswegs immer der Fall.

Im Rahmen der §§ 311 ff AktG gilt der Grundsatz der Erhaltung des Grundkapitals der abhängigen AG gemäß § 57 Abs. 1 AktG, weil hier eine § 291 Abs. 3 AktG entsprechende Vorschrift, die diesen Grundsatz bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages aufhebt, fehlt[2]. § 57 Abs. 1 AktG will dem Prinzip der Vermögensbindung dadurch Rechnung tragen, daß er die Rückgewähr von Einlagen an die Aktionäre verbietet. Nur im Rahmen des festgestellten Bilanzgewinns kann dieser Gewinn an die Aktionäre ausgeschüttet werden. Unter die Rückgewähr von Einlagen fällt aber gerade die Ausschüttung von Gewinnen außerhalb der Bilanz[3]. In der Praxis ist es nun auch im faktischen Konzern üblich, der Obergesellschaft außerhalb der Bilanz Gewinne in Form von verdeckten Gewinnausschüttungen zufließen zu lassen[4], die den Gläubigern als Haftungsobjekt und den Minderheitsaktionären für die Dividende nicht mehr zur Verfügung stehen. Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt bereits vor, wenn ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht[5]. Beliebte Mittel der verdeckten Gewinnausschüttung sind insbesondere unangemessene vertragliche Konzernverrechnungspreise[6]. Diesen konzerninteren Vermögensverlagerungen stehen die Gläubiger und Minderheitsaktionäre der Untergesellschaft eines faktischen Konzerns nahezu machtlos gegenüber, weil ihnen die §§ 311 ff AktG keinen ausreichenden Schutz gewähren. Weder haben sie in aller Regel den Ein-

---

1 Ausschußbericht zu § 311 bei Kropff, S. 409

2 Bälz, a.a.O., S. 315; Emmerich/Sonnenschein, S. 147

3 Geßler, Festschrift Westermann 74, S. 154; Baumbach/Hueck, § 57 Rdnr. 5

4 Siehe Mestmäcker, Verwaltung, Konzerngewalt, S. 235 und 238; das liegt bei BetrVG-Mitbestimmung an den personellen Verflechtungen und der einseitigen Abhängigkeit des Tochter-Vorstandes

5 Mestmäcker, a.a.O., S. 231

6 Mit weiteren Beispielen Emmerich/Sonnenschein, S. 7

blick in derartige Vorgänge noch können sie darauf vertrauen, daß der Vorstand ihres Unternehmens entsprechende Ansprüche gemäß § 62 AktG geltend macht.
Dadurch wird aber aufgezeigt, daß der Gesetzgeber die Schutzvorschriften unzureichend ausgestaltet hat. Lücken des Gesetzes müssen zwar nicht unbedingt zu Lasten der Zulässigkeit einheitlicher Leitung gehen.

Es bleibt aber zu berücksichtigen, daß der einheitlichen Leitung unmittelbar durch die §§ 311 ff AktG Grenzen gezogen sind. Das grundsätzliche Verbot nachteiliger Einflußnahme und die Nachteilsausgleichspflicht zeigen, daß die wirtschaftliche Selbständigkeit des abhängigen Unternehmens im faktischen Konzern aufrechterhalten bleiben muß[1]. Das bedingt zugleich, daß nur solche nachteiligen Einflußnahmen zulässig sind, bei denen die Vorteils-Nachteilsermittlung[2] überhaupt noch durchführbar ist[3]. Ist das nicht mehr möglich, so können die §§ 311 ff AktG ihren Zweck nicht mehr erfüllen. Der Schutzzweck der §§ 311 ff AktG hat dann gegenüber der Ausübung einheitlicher Leitung Vorrang. Hier kann nicht argumentiert werden, daß das Konzerninteresse Vorrang habe, wenn die Nachteilsermittlung undurchführbar ist. Wenn das Gesetz schon bestimmt, daß Nachteile durch Vorteile ausgeglichen werden müssen, ist die Ausgleichsfähigkeit

---

1 Biedenkopf, Festschrift Sandres 72, S. 13

2 Beispiele bei Kronstein, Festschrift Geßler, 71, S. 222/223

3 Pähler, Die Zulässigkeit des faktischen Konzerns, S. 100; ders., S. 164: "Da die einheitliche Leitung des herrschenden Unternehmens in der Einflußnahme auf die Rechtsgeschäfte und Maßnahmen besteht, deren Durchführung nunmehr nach §§ 311 ff nicht zulässig ist, läßt sich sagen, daß § 311 die Verdichtung der Leitungsmacht der herrschenden Gesellschaft im faktischen Konzern zur einheitlichen Leitung nicht zuläßt .....", siehe auch Emmerich/ Sonnenschein, S. 154/155

unbedingte Voraussetzung für die Zulässigkeit einer nachteiligen Einflußnahme. Damit wird aber deutlich, daß das abhängige Unternehmen nicht zu jeder Maßnahme veranlaßt werden darf[1]. Man wird deshalb wenigstens so viel sagen können, daß die einheitliche Leitung keineswegs so weit gehen kann wie im Vertrags- und Eingliederungskonzern[2].

Im Vertrags- und Eingliederungskonzern hört das abhängige Unternehmen auf, ein selbständiges Unternehmen zu betreiben, wird praktisch zu einer unselbständigen Betriebsabteilung[3]. Gerade das darf im faktischen Konzern nicht der Fall sein[4]. Hier soll vielmehr die wirtschaftliche Selbständigkeit des abhängigen Unternehmens durch die §§ 311 ff AktG erhalten bleiben.

Nachteilig iS des § 311 AktG ist eine Einflußnahme dann, wenn ein ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsführer einer unabhängigen Gesellschaft seine Amtspflicht durch Hinnahme einer Einflußnahme verletzen würde[5]. Um aber überhaupt einen Nachteil in dieser Weise feststellen zu können, muß das abhängige Unternehmen als wirtschaftliche Einheit mit einem erkennbaren Eigeninteresse erhalten bleiben[6]. Sonst läßt sich nicht mehr beurteilen, wie sich der Vorstand einer abhängigen Gesellschaft (diese als unabhängig vorgestellt) im Einzelfall bei Einflußnahmen durch das herrschende Unternehmen verhalten hätte. Eine volle Eingliederung des abhängigen Unternehmens in den Konzernverbund unter weitgehender Vernachlässigung der wirtschaftlichen Selbständigkeit muß deshalb von Gesetzeswegen als unzulässig angesehen werden, weil sich andernfalls ein Eigeninteresse des abhängigen Unternehmens nicht mehr ermitteln läßt und dieses als Maßstab für eine

---

1 Biedenkopf/Koppensteiner, KK-Vorb. § 311 Rdnr. 13

2 Möschel, ZRP 73, S. 162 ff, 163 für den Zusammenschluß Thyssen/Rheinstahl; siehe auch Kropff, a.a.O., § 311 Rdnr. 39

3 Siehe nochmals Mestmäcker, Festschrift Kronstein 67, S. 145/146

4 Kropff, a.a.O., § 311 Rdnr. 7o

5 Siehe statt vieler Kropff, a.a.O., § 311 Rdnr. 37

6 Biedenkopf, Festschrift Sanders 72, S. 4; Kropff, a.a.O., § 311 Rdnr. 39

Nachteilsermittlung nicht mehr herangezogen werden kann.
Es stellt sich deshalb weiter die Frage, ob die §§ 311 ff AktG eine Verdichtung der Leitungsmacht zur einheitlichen Leitung überhaupt noch zulassen, wenn noch ein Eigeninteresse des abhängigen Unternehmens feststellbar sein muß.
Dies erscheint zweifelhaft, wenn man bedenkt, daß sich das herrschende Unternehmen die wesentlichen konzernpolitischen Entscheidungen selbst vorbehalten muß, um von einer einheitlichen Leitung sprechen zu können. Das bedingt wiederum umfangreiche Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens gegenüber dem abhängigen, bei denen dann die Gefahr besteht, daß das Eigeninteresse des abhängigen Unternehmens vom Konzerninteresse verdrängt wird und ein Maßstab für die Nachteilsermittlung fehlt.
Trotzdem wird man nicht sagen können, daß eine einheitliche Leitung unter Beachtung des Schutzzwecks der §§ 311 ff AktG generell ausgeschlossen wird[1]. Die einheitliche Leitung kann von unterschiedlicher Intensität sein. Nachteilige Einflußnahmen, die das Eigeninteresse und die wirtschaftliche Selbständigkeit des abhängigen Unternehmens insgesamt betrachtet unangetastet lassen, können nicht als unzulässig angesehen werden. Es bleibt weiter zu berücksichtigen, daß nicht jede Einflußnahme für das abhängige Unternehmen nachteilig ist. Auch gibt es Fälle, bei denen sich Konzerninteresse und Eigeninteresse des abhängigen Unternehmens weitgehend decken[2]. All dies zusammengenommen berechtigt zu der Annahme, daß einheitliche Leitung zwar nicht generell, aber im Einzelfall unter den einschränkenden Voraussetzungen der §§ 311 ff AktG noch durchaus zulässig ausgeübt werden kann[3].

---

1 Für einen Ausschluß insbesondere Mestmäcker, a.a.O., S. 147; Pähler, a.a.O., S. 164; Bälz, a.a.O., S. 311

2 Siehe Kropff, a.a.O., § 311 Rdnr. 26

3 Eine Konzernverbindung halten noch für möglich Emmerich/Sonnenschein, S. 155; Biedenkopf/Koppensteiner, KK-Vorb. § 311 Rdnr. 13; wohl auch Kronstein, Festschrift Geßler 71, S. 219 ff, 223 Fußn. 11; Martens, DB 70, S. 867

Man wird jedoch deutlich festhalten müssen, daß faktische Konzernleitung legal nur in einem eng umgrenzten Bereich ausgeübt werden kann und nicht so weit gehen darf wie im Vertrags- und Eingliederungskonzern.
Würden die §§ 311 ff AktG eine Verdichtung der einheitlichen Leitung wie im Vertrags- und Eingliederungskonzern zulassen, so könnte das abhängige Unternehmen in der Praxis unter Umgehung eines Beherrschungsvertrages über den viel angenehmeren Weg der §§ 311 ff AktG in gleichem Maße geführt werden, wie es rechtlich nur der Vertrags- und Eingliederungskonzern erlauben. Das würde aber dem Schutzzweck der §§ 311 ff AktG widersprechen. Daß sich die Konzernpraxis nur wenig an die rechtlichen Grenzen einheitlicher Leitung im Rahmen der §§ 311 ff AktG hält, ist schon ein bedenkliches Zeichen[1]. Daraus wird nur wiederum deutlich, wie unzureichend der Schutz der §§ 311 ff AktG ist.

Eine umfassende einheitliche Leitung im faktischen Konzern kann bei schutzzweckgerichteter Auslegung der §§ 311 ff AktG nur bei einer 100 %igen Tochtergesellschaft in Betracht kommen[2]. Dann entstehen nur Gläubigerschutzfragen.

---

1 Kronstein, a.a.O., S. 221/222, der berichtet, daß die Unternehmensführung von BASF bei der Beherrschung der Wintershall AG vor den §§ 311 ff AktG wenig Scheu zeigte; siehe auch Möschel, ZRP 73, S. 164

2 Walther, ZGR 74, S. 208 ff, 215/216, stellte bei einer Umfrage fest, daß bei 100 %igen Tochtergesellschaften die Möglichkeit der Ausübung vertragsähnlicher Leitungsmacht eher bejaht wird als bei Rücksichtnahme auf Minderheiten

Da die Gläubiger außerhalb des Unternehmens stehen, geht ihr Interesse nicht so sehr dahin, daß das abhängige Unternehmen grundsätzlich von nachteiligen Einflüssen verschont bleibt, sondern ist darauf gerichtet, daß sie ihre Forderungen durchsetzen können. Dieses Anliegen ist aber nicht allein dadurch zu befriedigen, daß die durch Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens entstandenen Nachteile angemessen ausgeglichen werden, sondern auch dadurch, daß das herrschende Unternehmen anderweitige Verpflichtungen gegenüber den Gläubigern des abhängigen Unternehmens übernimmt[1].

2) Notwendigkeit der Existenz sog. faktischer Konzerne

Der faktische Konzern soll in der Wirtschaft eine große Bedeutung haben[2]. Welche Gründe für das herrschende Unternehmen letzten Endes maßgebend sind, einen faktischen Konzern zu errichten, anstatt von umfassender einheitlicher Leitung im Rahmen eines Beherrschungsvertrages Gebrauch zu machen, läßt sich mit letzter Sicherheit nicht beantworten. Maßgebend dürfte vor allem sein, daß viele herrschende Unternehmen nicht über die für den Abschluß eines Beherrschungsvertrages erforderliche Aktienmehrheit verfügen[3]. Das besagt aber nicht, daß das herrschende Unternehmen stets 75 % des Aktienkapitals des abhängigen Unternehmens besitzen muß, um einen Beherrschungsvertrag abschließen zu können. Da § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG nur eine Dreiviertelmehrheit des vertretenen Grundkapitals voraussetzt, reicht oft ein viel geringerer Anteil am Grundkapital der abhängigen Gesellschaft aus. Kaum einmal ist eine vollständige Repräsentanz aller Aktionäre bei der Abstimmung in der Hauptversammlung anzutreffen. Sicherlich wird bisweilen ein entsprechender Aktienanteil

---

1 ZB Bürgschaft, Schuldbeitritt; siehe auch Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 27

2 Reischl, Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, Stenogr. Berichte, 187. Sitzung, S. 9409

3 Drei Viertel des vertretenen Grundkapitals, § 293, Abs.1 AktG

hinzugekauft werden müssen, wobei dann die Schwierigkeit besteht, einen entsprechenden Verkäufermarkt zu finden[1]. Darin dürfte aber wohl kaum die wesentliche Ursache zu suchen sein, vom Abschluß eines Beherrschungsvertrags Abstand zu nehmen. Vielmehr bringt der Abschluß eines Beherrschungsvertrages kraft gesetzlicher Anordnung erhebliche Verpflichtungen für das herrschende Unternehmen mit sich. Diese Verpflichtungen sind für das herrschende Unternehmen nur tragbar, wenn die Vorteile des Beherrschungsvertrages sinnvoll und notwendig sind. Ist es für das mehrheitlich beteiligte Unternehmen ohne großen Nutzen, die Rechte des Beherrschungsvertrages voll auszuschöpfen[2], steht der Erfolg in einem Mißverhältnis zu den damit verbundenen Belastungen[3].
Will das herrschende Unternehmen aber eine rechtlich abgesicherte umfassende Leitungsmacht ausüben (sieht man von einer 100 %-igen Tochter ab), wie sie der Beherrschungsvertrag gewährleistet, muß man es auf diesen mit allen sich daraus ergebenden Folgen verweisen. Wenn der Abschluß eines Beherrschungsvertrags für das herrschende Unternehmen wenig nutzbringend ist oder der Anteilsbesitz dazu nicht ausreicht, kommt dann ohnehin nur ein faktischer Konzern mit den Einschränkungen der §§ 311 ff AktG in Betracht. Damit ist aber auch zugleich gewährleistet, daß den Unternehmen eine Vielfalt von Unternehmensverbindungen mit abgestuften Einflußnahmen zur Verfügung stehen[4] und ein Konzentrationseffekt durch den Beherrschungsvertrag abgeschwächt wird. Keinesfalls kann gefordert werden, daß der Gesetzgeber verschiedene Unterordnungskonzernformen zur Verfügung stellt, bei denen die Sicherung der Gläubiger und Minderheitsaktionäre unterschiedlich ausgeprägt ist, die einheitliche Leitung aber dennoch in ihrem Umfang gleich ist.

---

1 Hoffmann, BB 74, S. 1280; Martens ZHR 138 (1974), S. 202
2 Siehe dazu Walther, a.a.O., S. 213
3 Brachvogel, S. 24
4 Dazu Hartmann, Marburger Aussprache 59, S. 53 ff, 56

Der Zusammenschluß von Unternehmen in einem Konzern ist wirtschaftlich notwendig[1]. Dieser Zusammenschluß darf aber nicht zu Lasten anderer Interessengruppen eines abhängigen Unternehmens gehen, solange nicht ein ausreichender Schutz gewährleistet ist. Eine diesbezügliche Entscheidung hat der Gesetzgeber in den §§ 291 ff, 319 ff AktG einerseits und 311 ff andererseits getroffen. Es ist deshalb verfehlt, den faktischen Konzern dem Vertrags- und Eingliederungskonzern bezüglich einheitlicher Leitungsausübung gleichzusetzen und ihn als gleichwertige Alternative erhalten zu wollen, wenn man die vom Gesetz her gegebenen Prämissen richtig setzt.

3) Abhängigkeitsbegriff[2] und paritätische Mitbestimmung in bezug auf die Anwendbarkeit der §§ 311 ff AktG

Es soll nunmehr untersucht werden, welche Auswirkungen die paritätische Mitbestimmung auf mehreren Unternehmensstufen für den Begriff der Abhängigkeit iS von § 17 AktG hat, wenn ein Beherrschungsvertrag oder ein Eingliederungsverhältnis nicht vorliegt.

a) Der mehrheitliche Anteilsbesitz als Beherrschungsmittel

Der stimmenmehrheitliche und/oder aktienmehrheitliche Anteilsbesitz ist unter der BetrVG-Mitbestimmung das Beherrschungsmittel par excellence[3]. Die Abhängigkeitsvermutungsregelung des § 17 Abs. 2 AktG ist aufgrund des mehrheitlichen Beteiligungsbesitzes am Grundkapital eines Unternehmens berechtigt. Das trifft auch für das MitbG 76 zu.
Bei mehrstufiger paritätischer Mitbestimmung[4] fragt sich, inwieweit allein eine Mehrheitsbeteiligung dafür Gewähr bietet, einen abhängigkeitsbegründenden Tatbestand zu schaffen und dementsprechend noch ein Unterordnungskonzern auf vertragsloser Grundlage organisiert werden kann.

---

1 Siehe S. 26

2 Grundlegend S. 12 ff

3 Siehe S. 68 ff

4 Die folgenden Ausführungen beanspruchen weitgehend auch für den RegE mitbG 74 Geltung, sieht man von § 28 Abs. 4 Satz 3 RegE MitbG 74 bezüglich der Vorstandsbestellung ab

Definiert man den Begriff der Abhängigkeit als die Möglichkeit des mehrheitlich beteiligten Unternehmens, dem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen durch Besetzung seiner Verwaltungsorgane einen fremden Willen aufzuzwingen, wird deutlich, daß bei paritätischer Mitbestimmung im Aufsichtsrat der Untergesellschaft Probleme auftauchen.

Personalhoheit und Stimmenmehrheit im Aufsichtsrat der Untergesellschaft sind unter der BetrVG-Mitbestimmung und mit geringen Einschränkungen in tatsächlicher Hinsicht unter dem MitbG 76 die Faktoren, welche die Vermutung der Abhängigkeit iS von § 17 Abs. 2 AktG auslösen. Weil sie bei paritätischer Besetzung des Aufsichtsrats gesellschaftsrechtlich fehlen, überwiegen die Stimmen, die bei paritätischer Mitbestimmung und reiner Mehrheitsbeteiligung diese Vermutungsregelung als widerlegt ansehen[1], wobei die Abhängigkeit iS von § 17 Abs. 1 AktG infolge anderer Umstände positiv festgestellt werden kann. Dieses Ergebnis ließe sich mit Nachdruck bestätigen, wenn man das Fehlen der Abhängigkeit dann annimmt, sobald sich die Obergesellschaft zwecks Unterwerfung einer Untergesellschaft nicht auf die sichere Mitwirkung anderer verlassen kann[2].

---

1 So -insbesondere für die Montan-Mitbestimmung- Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 17 Rdnr. 25; Emmerich/Sonnenschein, S. 26/27; Strobel, BB 74, S. 1 ff, 6; Praktische Probleme im neuen Aktienrecht, S. 114; Prühs. Die AG 72, S. 308 ff, 310; Biedenkopf, Festschrift L. Raiser 74, S. 351; Duden, Festschrift Ballerstedt 75, S. 41; siehe auch Martens, ZHR 138 (1974), S. 204/205

2 Begr. RegE zu § 17 bei Kropff, S. 31

Eben diese sichere Mitwirkung ist auf den ersten Blick weder durch die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat noch durch den paritätisch gewählten Vorstand der Untergesellschaft gegeben, wenn lediglich eine Mehrheitsbeteiligung mit der paritätischen Mitbestimmung zusammentrifft.

aa) Umfassende Einflußmöglichkeit und § 17 Abs. 2 AktG

Das einzige Organ, in dem das maßgeblich beteiligte Unternehmen nahezu uneingeschränkte Autonomie hat, zumindest was die Beschlüsse mit einfacher Stimmenmehrheit anbetrifft, ist die Hauptversammlung des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens. Sieht man die Durchsetzungsmöglichkeit der Beteiligungsgesellschaft in allen wesentlichen Geschäftsführungsfragen der Untergesellschaft als typisches Kennzeichen der Abhängigkeit an, bleibt zu klären, ob der Hauptversammlung eine gesellschaftsrechtlich abgesicherte Einflußnahme auf die Geschäftsführung zukommt.

Von Gesetzes wegen steht der Hauptversammlung kein Recht zur Geschäftsführung zu[1]. Analysiert man die Rechte der Hauptversammlung[2] auf ihren Einfluß auf die Geschäftsführung, so ist festzustellen, daß sie nur in sehr begrenztem Umfang Einflußmöglichkeiten verschaffen. Die hier insbesondere in Frage stehenden Maßnahmen der Kapitalbeschaffung (§§ 182 ff AktG), Kapitalherabsetzung (§§ 222 ff AktG), Feststellung des Jahresabschlusses gemäß § 173 AktG und Verwendung des Bilanzgewinnes nach § 174 AktG verschaffen sicherlich Einfluß auf die Art und Weise der Geschäftsführung. Denn dadurch wird die Finanzlage des Unternehmens betroffen[3], an der

---

1 Argument aus § 119 Abs. 2 AktG

2 Es sind dies insbesondere die Rechte aus § 119 Abs. 1 AktG; umfassende Übersicht zu weiteren Rechten Godin/Wilhelmi, § 119 Anm. 2 und 3

3 Barz, Festschrift Bärmann 75, S. 185 ff, 191

sich der Vorstand bei seiner Tätigkeit orientieren muß[1]. Jedoch reichen diese Einflußmöglichkeiten der Hauptversammlung auf die Geschäftsführung[2] nicht dazu aus, dem maßgeblich beteiligten Unternehmen in dem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen Einfluß und Durchsetzungsmacht in allen wesentlichen Geschäftsführungsfragen allein aufgrund des Beteiligungsbesitzes zu vermitteln. Das deckt sich damit, daß mit dem AktG 65 die Hauptversammlung ihre Stellung als oberstes Organ der AG verloren hat[3].
Auch das Recht aus § 111 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG[4], das für sämtliche Geschäftsführungsmaßnahmen gilt, ist nur in beschränktem Maße ein Einflußnahmerecht auf die Geschäftsführung. Der Hauptversammlung bleibt kein eigener Spielraum, neue Vorstellungen einzubringen, sondern sie hat nur über den Vorschlag des Vorstands zu befinden. Anders liegt es nur im Fall des § 119 Abs. 2 AktG, wenn man es zuläßt, daß die Hauptversammlung auch vom Vorschlag des Vorstands abweichen kann[5].
Der wesentliche Gesichtspunkt ist aber der, daß der Hauptversammlung in beiden Fällen kein Initiativrecht zusteht. Die allein der Hauptversammlung zustehenden Rechte sind den Geschäftsführungsmaßnahmen zu weit entfernt. Sie sind ihnen vielmehr vorgelagert und stecken lediglich unternehmerische Entscheidungen des Vorstands in groben Umrissen ab. Damit kommt der Hauptversammlung auf Geschäftsführungsaufgaben, die allein von ihrem Willen abhängen, kein unmittelbarer Einfluß zu. Der Kreis wesentlicher Geschäftsführungsaufgaben ist viel weiter gespannt als die mittelbaren Einflußrechte der Hauptversammlung erfassen.

---

1 Umfassend dazu Meulenbergh, Einflußnahme, S. 79 - 150

2 Zusammenfassung bei Meulenbergh, S. 149/150

3 Geßler, Die AG 65, S. 343 ff, 345

4 Allerdings qualifizierte Mehrheit

5 So Eckhardt in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, § 119 Rdnr. 24

Verlangt man für die Abhängigkeit die Möglichkeit einer generellen Beherrschung[1], scheint alles dafür zu sprechen, daß die Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG widerlegt ist, wenn das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen paritätisch mitbestimmt ist und nur eine Mehrheitsbeteiligung besteht. Die §§ 311 ff AktG wären dann auf das Verhältnis zwischen einem mehrheitlich beteiligten Unternehmen zum in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen nicht anwendbar.

bb) Partielle Einflußnahmemöglichkeit, Schutzzweck der §§ 311 ff AktG und § 17 Abs. 2 AktG

Der Annahme, daß die Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG bei paritätischer Mitbestimmung widerlegt ist, liegt indes schon im Ausgangspunkt ein verengter Blickwinkel zugrunde. Ein derartiges Ergebnis hängt nämlich davon ab, wie man den Begriff der Abhängigkeit umschreibt. Zwangsläufig ergeben sich aus dieser Umschreibung auch die Erfordernisse für eine Widerlegung der Abhängigkeitsvermutung.

Geht man wie die Vertreter obiger Ansicht von einer Globaldefinition des Abhängigkeitsbegriffs für alle abhängigkeitserwähnenden Normen in dem Sinne aus, daß in allen wesentlichen Geschäftsführungsfragen die Möglichkeit genereller Durchsetzbarkeit bestehen muß, insbesondere die Möglichkeit, mit Hilfe der Mehrheitsbeteiligung die Verwaltungsorgane zu besetzen[2], muß die Abhängigkeitsvermutung als widerlegt angesehen werden.
Die Stimmenmehrheit im Aufsichtsrat und die Möglichkeit der Obergesellschaft, einen ihr genehmen Vorstand zu wählen, begründen maßgeblich die Abhängigkeit. Einflußnahmen kommen meist aus der Obergesellschaft selbst oder von ihren Vertretern aus dem Aufsichtsrat der Untergesellschaft.

---

1 Adler/Düring/Schmaltz, Vorb. zu §§ 311-313, Rdnr. 34; Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 17 Rdnr. 4

2 Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 17 Rdnr. 23

Aber selbst unter der BetrVG-Mitbestimmung ist anerkannt, daß auch eine Abstimmung in der Hauptversammlung der abhängigen Gesellschaft eine nachteilige Veranlassung darstellen kann und das Verbot des § 311 AktG auch für die Ausübung des Stimmrechts in der Hauptversammlung gilt[1].
Es ist zwar festgestellt worden, daß die Hauptversammlung keinen unmittelbaren Einfluß auf die Geschäftsführung hat. Das bedeutet aber keineswegs, daß nicht auch die allein der Hauptversammlung zustehenden Rechte zum Nachteil des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens ausgeübt werden können, wenn man zum Beispiel an die Ablehnung einer dringend erforderlichen Kapitalerhöhung durch das mehrheitlich beteiligte Unternehmen denkt. Dieser Gesichtspunkt wird bei paritätischer Mitbestimmung vernachlässigt, obwohl die Obergesellschaft gerade in der Hauptversammlung über die ausschlaggebende Mehrheit verfügt. Würde man mit Einführung paritätischer Mitbestimmung den Abhängigkeitstatbestand verneinen, so würde der vom Gesetz verfolgte Zweck der §§ 311 ff AktG aufgehoben, wenn das mehrheitlich beteiligte Unternehmen in der Hauptversammlung des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens eine nachteilige Maßnahme veranlaßt. Damit wird aber zugleich erkennbar, daß man im Rahmen der §§ 311 ff AktG mit einer allgemeingültigen Umschreibung der Abhängigkeit iS einer generellen Beherrschungsmöglichkeit nicht weiterkommt, vielmehr zu untragbaren Ergebnissen gelangen kann, wenn die paritätische Mitbestimmung hinzutritt. Deshalb muß der Abhängigkeitsbegriff erst bei der Anwendung einer der die Abhängigkeit erwähnenden Norm entsprechend dem Schutzzweck dieser Norm restriktiv oder extensiv ausgelegt werden[2]. Der Schutzzweck der §§ 311 ff AktG erfordert daher, daß die Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG trotz paritätischer Mitbestimmung zumindest für nachteilige Einflußnahmen in der Hauptversammlung der Untergesellschaft beibehalten wird[3]. Es kann keinen Unterschied machen, ob ein Unternehmen

---

1 Emmerich/Sonnenschein, S. 148; Begr. RegE zu § 311 bei Kropff, S. 408

2 Zur Abstufung des Abhängigkeitsbegriffs je nach Regelungszweck der bezugnehmenden Norm Martens, ZHR 138 (1974), S. 206/207; Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 17 Rdnr. 9 ff; Emmerich/Sonnenschein, S. 30/31

3 Prühs, Die AG 72, S. 308 ff, 310

in der Hauptversammlung oder im Aufsichtsrat eines anderen Unternehmens die Mehrheit hat, denn in beiden Organen kann die Beteiligungsgesellschaft nachteilige Veranlassungen treffen, wenn auch in der Hauptversammlung nur in beschränktem Umfang.
In beiden Fällen wird man zum Beispiel der gesetzlichen Absicht, den Minderheitsaktionären aufgrund eines Interessenkonflikts zwischen Ober- und Untergesellschaft ausreichenden Schutz zu gewähren, nur gerecht, wenn man sie nicht auf die Anfechtung des Hauptversammlungsbeschlusses gemäß § 243 Abs. 2 AktG verweist[1] [2].
Es kann somit festgehalten werden, daß eine Abhängigkeit von der Beteiligungsgesellschaft insofern besteht, als sie über die der Hauptversammlung zustehenden Rechte nachteilige Einflußnahmen treffen kann.

cc) Umfassende Einflußnahmemöglichkeit, Schutzzweck und § 17 Abs. 2 AktG

Die soeben trotz paritätischer Mitbestimmung festgestellte Abhängigkeitsvermutung ist auf wenige Fälle beschränkt. Diese Vermutung ist aber geboten, um einen Mindestschutz im Rahmen der §§ 311 ff AktG für den Fall zu garantieren, daß eine generelle Beherrschung und damit eine Abhängigkeitsvermutung, die schädigende Einflußnahmen aus dem Aufsichtsrat mit einschließt, bei alleinigem Mehrheitsbesitz und paritätischer Mitbestimmung nicht zu begründen ist.
Wird durch Abstimmung in der Hauptversammlung nachteilig Einfluß genommen, so reicht das allerdings allein für eine einheitliche Leitung und damit eine Integration des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens in den Konzernverbund nicht aus.

---

1 Begr. RegE zu § 311 bei Kropff, S. 408

2 Siehe auch Barz, Festschrift Bärmann 75, S. 192 und 194, der für den Abhängigkeitsausschlußvertrag zur Widerlegung der Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG Ausschluß der Stimmenmehrheit für grundsätzlich alle Beschlüsse der Hauptversammlung fordert

Dieser so begründete Abhängigkeitstatbestand bezieht sich allein auf die im Interesse der Beteiligungsgesellschaft liegenden Einflußnahmen, die aus den der Hauptversammlung zugewiesenen Rechten fließen. Er beschränkt sich nur auf einen kleinen Ausschnitt aus einer Vielfalt möglicher und zur einheitlichen Leitungsausübung notwendiger Einflußnahmen.
Aus diesem Grund ist es bei paritätischer Mitbestimmung von Interesse, inwieweit im Rahmen der §§ 311 ff AktG auch noch solche Fälle möglicher Einflußnahmen unter den Begriff der Abhängigkeit iS von § 17 Abs. 2 AktG subsumiert werden können, die einen direkten Bezug zu Geschäftsführungsmaßnahmen haben.
Für Maßnahmen, die reine Geschäftsführungsangelegenheiten betreffen, sind der Aufsichtsrat und der Vorstand zuständig. Bei paritätischer Mitbestimmung sind Anteilseigner und Arbeitnehmer im Aufsichtsrat gleich stark vertreten. Davon bleibt der Vorstand nicht unberührt. Aufgrund seiner Legitimation ist er aus einem einseitigen Abhängigkeitsverhältnis zu der Beteiligungsgesellschaft herausgelöst. Er ist kein verlängerter Arm mehr zur einseitigen Durchsetzung der Interessen der Beteiligungsgesellschaft. Gegen den Widerstand des Vorstands und der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat kann die Beteiligungsgesellschaft allein auf den Mehrheitsbesitz gestützt ihren Willen nicht durchsetzen.
Sähe man die Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG für den Fall als widerlegt an, daß eine Geschäftsführungsmaßnahme im Interesse der Beteiligungsgesellschaft und zum Schaden des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens dennoch ausgeführt wird, hätte dies zur Folge, daß die §§ 311 ff AktG nicht zur Anwendung kommen und der mit ihnen bezweckte Schutz ins Leere trifft.
In der Praxis wird es keineswegs immer so sein, daß sich die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Untergesellschaft dauernd den Vorstellungen und Einflußnahmen des mehrheitlich beteiligten Unternehmens gegenüber ablehnend verhalten. Solange ihre Interessen

gebührend Berücksichtigung finden, ist zu erwarten, daß sie zumindest teilweise mit den Wünschen der Beteiligungsgesellschaft übereinstimmen und sich einer ablehnenden Stellungnahme im Aufsichtsrat enthalten[1]. Da gesetzlich keine Vertretung der Minderheitsaktionäre im Aufsichtsrat vorgesehen ist[2] und die Arbeitnehmervertreter keine Verpflichtung trifft, die Interessen der Minderheitsaktionäre oder Gläubiger bei ihren Entscheidungen zu berücksichtigen[3], wären Minderheitsaktionäre und Gläubiger wegen der Nichtanwendbarkeit der §§ 311 ff AktG schutzlos, wenn die Arbeitnehmervertreter der Untergesellschaft zur Kooperation mit der Obergesellschaft bereit sind und Maßnahmen beschlossen werden, die für Minderheitsaktionäre und Gläubiger nachteilig sind. Besonders hier zeigt sich das durch die paritätische Mitbestimmung herbeigeführte Spannungsverhältnis zwischen dem Rechtsbegriff der Abhängigkeit und dem Schutzzweck der §§ 311 ff AktG, wenn die Abhängigkeit allein aufgrund der paritätischen Mitbestimmung verneint werden sollte. Es bleibt aber zu berücksichtigen, daß nicht der Aufsichtsrat die Geschäfte des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens führt, sondern der Vorstand. Selbst wenn sich die Arbeitnehmervertreter und die Vertreter der Beteiligungsgesellschaft im Aufsichtsrat zugunsten der Beteiligungsgesellschaft einigen sollten, muß dies nicht gleichbedeutend damit sein, daß auch der Vorstand Einflußnahmen hinnimmt. Gewiß wird sich der Vorstand nur selten gegen die Einflußnahme sträuben, wenn ein Übereinkommen zwischen den Aufsichtsratsblöcken besteht. Jedoch obliegt es gerade ihm, die Interessen der Minderheitsaktionäre und Gläubiger wahrzunehmen.

Der Abhängigkeitsbegriff des § 311 Abs. 1 AktG stellt einen Gefährdungstatbestand dar[4], weil

---

1 Dazu Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 54; Martens, ZHR 138 (1974), S. 205

2 Lutter, Die Zeit vom 28.9.73, S. 41, der eine Änderung des Wahlmodus zum Aufsichtsrat vorschlägt, damit auch kleinere Aktionärsgruppen die Chance einer Vertretung haben

3 Seidel in Mitbestimmung und Wirtschaftspolitik, S. 233 ff, 260, nimmt an, daß Kleinaktionäre bei der Arbeitnehmerseite Verbündete suchen; siehe auch Lutter, a.a.O., S. 54

4 Lutter, a.a.O., S. 55

die Möglichkeit der Durchsetzung nachteiliger Einflußnahmen trotz paritätischer Mitbestimmung fortbesteht.
Unter diesem Gesichtspunkt würde es dem Schutzzweck der §§ 311 ff AktG entsprechen, wenn man auch in diesen Fällen nicht zuließe, die Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG allein mit dem Hinweis auf die paritätische Mitbestimmung zu widerlegen[1].

Dennoch läßt sich ein Fortgelten der Vermutung des § 17 Abs. 2 AktG im Hinblick auf die §§ 311 ff AktG nur schwer begründen. Der Begriff der Abhängigkeit hat die Möglichkeit der Durchsetzung einer Geschäftsführungsmaßnahme zum Inhalt, die ihre Grundlage allein oder zumindest mit in der Mehrheitsbeteiligung hat. Dementsprechend normieren die §§ 311 ff AktG einen speziellen Schutz vor den Gefahren der Mehrheitsbeteiligung. Diese Gefahren drohen bei paritätischer Mitbestimmung nur aus der Hauptversammlung. Bei einer reinen Mehrheitsbeteiligung dagegen besteht diese Gefahr für Aufsichtsrat, Vorstand, Minderheitsaktionäre und Gläubiger allerdings nicht in der Intensität, wie unter der Mitbestimmung nach dem BetrVG oder dem MitG 76.
Bei der Abhängigkeit geht es um die Möglichkeit faktischer Beherrschung. Faktische Beherrschungsmittel haben die Eigenart, daß sie nur schwer zu erfassen sind und ihren Ursprung in vielerlei Umständen haben. Ihre Besonderheit liegt darin, daß, obwohl sie keine rechtliche Bindung erzeugen, dennoch geeignet sind, einen Entscheidungsdruck im Interesse desjenigen, der über solche Beherrschungsmittel verfügt, herbeizuführen. Dieser faktische Entscheidungsdruck kann mehr oder minder stark ausgeprägt sein oder erst zu einem solchen werden, wenn mehrere Umstände,

---

1 Lutter, a.a.O., S. 52 ff, 54; Reich, AuR 75, S. 257 ff, 262 Fußn. 58, beide für den RegE MitbG 74; für die Montan-Mitbestimmung Geßler in Geßler/Hefermehl/Eckhardt/Kropff, § 17 Rdnr. 51; BAG AP § 76 BetrVG Nr. 20 mit zustimmender Anmerkung von Hueck, ebenda; siehe auch Barz, Festschrift Bärmann 75, S. 190/191, nach dem es zur Widerlegung der Vermutung nicht ausreicht, wenn die Vertretung des Mehrheitsaktionärs im Aufsichtsrat innerhalb der Hälfte der von der Kapitalseite zu bestellenden Mitglieder einer unter § 76 BVG 52 fallenden Aktiengesellschaft liegt.

die das Gesamtbild prägen, zusammenwirken. Die Macht des Faktischen entfaltet ihre Wirkung gerade auch im psychologischen Bereich des zu Beeinflussenden[1]. Wichtig ist deshalb, eine Abgrenzung dahingehend zu treffen, ob die Mehrheitsbeteiligung noch einen faktischen Entscheidungsdruck auf Vorstand und Arbeitnehmervertreter auszuüben vermag oder ob es gänzlich auf freiwilliger Entscheidung der Arbeitnehmervertreter und des Vorstands beruht, wenn das Interesse der Beteiligungsgesellschaft anerkannt wird. Freiwilligkeit und Abhängigkeit sind Begriffe, die sich nicht ausschließen müssen, sondern sich gegenseitig beeinflussen können.
Wenn von Einflußmöglichkeiten auf Geschäftsführungsmaßnahmen im Sinne eines Entscheidungsdrucks die Rede ist, ist damit in erster Linie die Einflußnahme auf den Vorstand als geschäftsführendes Organ angesprochen[2]. Sein Interesse, nach Ablauf der Amtsperiode wiederbestellt zu werden, befreit den Vorstand nicht völlig aus der Abhängigkeit von der Beteiligungsgesellschaft. Der Vorstand weiß, daß eine Wiederwahl ohne Stimmen der Beteiligungsgesellschaft ausgeschlossen ist. Diese Einsicht wird seine Tätigkeit mit bestimmen. Er ist, will er seine Wiederwahl nicht gefährden, unter anderem mit gezwungen, einen Ausgleich zwischen den Interessen des mehrheitlich beteiligten Unternehmens, seinem Unternehmen und den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat zu suchen. Insofern kann man immer noch davon sprechen, daß die Beteiligungsgesellschaft die Möglichkeit hat, bei Geschäftsführungsmaßnahmen einen faktischen Entscheidungsdruck, wenn auch in abgeschwächter Form, auf den Vorstand auszuüben.
Im Vergleich zur Mitbestimmung nach dem BetrVG oder dem MitbG 76, die gewährleisten, daß der Vorstand allein vom Vertrauen der Beteiligungsgesellschaft getragen sein kann und er gegenüber Einflußnahmen durch die Beteiligungsgesellschaft empfänglich ist[3], ergibt sich bei paritätischer Mitbestimmung lediglich ein gradueller Unterschied in der Anerkennung der

---

1 Barz, Festschrift Bärmann 75, S. 192
2 Siehe auch BAG AP § 76 BetrVG Nr. 20
3 Biedenkopf, Festschrift L. Raiser 74, S. 346

Belange der Obergesellschaft. Der Wunsch, mit den Stimmen der Beteiligungsgesellschaft wiederbestellt zu werden, begründet immer noch eine faktische Entscheidungsrücksicht. Dieser (abgeschwächte) faktische Entscheidungsdruck auf den Vorstand wird dadurch verstärkt, daß er im Interesse einer ordnungsgemäßen Unternehmensführung auf die Stimmen der Beteiligungsgesellschaft in der Hauptversammlung[1] oder, bei zustimmungsbedürftigen Geschäften, im Aufsichtsrat angewiesen ist. Das zwingt ihn, um seiner Verantwortung für das Unternehmen gerecht zu werden, dazu, sich in einzelnen Geschäftsführungsangelegenheiten dem Willen der Beteiligungsgesellschaft zu beugen.
Geht man weiter davon aus, daß die Beteiligungsgesellschaft über ihren Anteilsbesitz Möglichkeiten hat, nicht nur einer völlig eigenständigen Unternehmensführung entgegenzuwirken, sondern diese auch zu lähmen, zeigt sich, daß die Beteiligungsgesellschaft die größere Macht hat.

Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat haben zwar immer noch die Möglichkeit, eine Einflußnahme des mehrheitlich beteiligten Unternehmens bei zustimmungspflichtigen Maßnahmen zu unterbinden.

---

1 Siehe auch BAG a.a.O.

Aber auch sie werden zur Kooperationsbereitschaft gezwungen, soll ihr Unternehmen Rentabilitäts- und Konkurrenzfähigkeitsgesichtspunkten genügen, die letzten Endes der Arbeitsplatzsicherung dienen. Berücksichtigt man ferner, daß die Beteiligungsgesellschaft jegliche wichtige, nicht in ihrem Interesse liegende Geschäftsführungsmaßnahme des Vorstands über die kraft Satzung oder Aufsichtsratsbeschluß bestehende Zustimmungspflicht blockieren kann, wird ersichtlich, über welche Machtposition sie noch verfügt. Zwar handelt es sich in diesem Fall um eine negative Einflußnahme, jedoch ist diese als Beherrschungsmittel gerade im Hinblick auf die §§ 311 ff AktG anzuerkennen. Eine solche Blockierung ist allein vom Willen der Beteiligungsgesellschaft abhängig und ordnet den Vorstand bezüglich dieser Geschäftsführungsmaßnahme ihren Vorstellungen darüber unter. Die Möglichkeit eines derartigen Vorgehens ist als Druckmittel auf die Arbeitnehmervertreter noch verwertbar, so daß sie im Interesse der Entfaltung einer effektiven Mitbestimmung eine mehr oder weniger erzwungene Kooperationsbereitschaft für die Durchsetzung anderer Einflußnahmen der Beteiligungsgesellschaft zeigen müssen.

Es ist zuzugeben, daß eine Beherrschungsmöglichkeit durch Einflußnahme auf die Geschäftsführung nicht mehr in dem Maße gegeben ist, wie dies unter Geltung des BetrVG oder des MitbG 76 möglich ist. Bei paritätischer Mitbestimmung hat sich das mehrheitlich beteiligte Unternehmen im Hinblick auf eine Beherrschungsmöglichkeit nicht nur mit dem Vorstand auseinanderzusetzen, sondern auch mit den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens. Die Mehrheitsbeteiligung wird als Druckmittel nicht so eingesetzt werden können, daß ein solch intensiver Entscheidungszwang bei sämtlichen Einflußnahmen der Beteiligungsgesellschaft insbesondere auf die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ausgeübt wird, daß sie sich nicht mehr anders ent-

scheiden können. Zumal dann, wenn gewichtige Arbeitnehmerinteressen auf dem Spiel stehen, wird der Einfluß der Mehrheitsbeteiligung nicht zu spüren sein.
Das ändert aber nichts an der auch rechtlich faßbaren Tatsache, daß der Mehrheitsbeteiligung ein nach wie vor als gewichtig anzusehender Einfluß auf das Entscheidungsverhalten des Vorstands und der Arbeitnehmervertreter zukommt. Der aufgrund der Beteiligung basierende Machtvorsprung der Beteiligungsgesellschaft gegenüber Arbeitnehmervertretern und Vorstand bedingt, daß der Vorstand und die Arbeitnehmervertreter mehr auf eine gute Zusammenarbeit mit der Beteiligungsgesellschaft angewiesen sind als diese mit ihnen, obwohl nicht zu verkennen ist, daß die paritätische Aufsichtsratsmitbestimmung auch ein gewisses Entgegenkommen der Beteiligungsgesellschaft erfordert.
Für den Begriff der Abhängigkeit reicht im Rahmen des § 17 Abs. 2 AktG die Möglichkeit der Beherrschung aus. Diese Möglichkeit ist aufgrund alleinigen Mehrheitsbesitz, wie festgestellt, wenn auch nicht vollständig, so doch noch merklich vorhanden. Keineswegs kann davon ausgegangen werden, daß Vorstand und Arbeitnehmervertreter über Einflußnahmen der Beteiligungsgesellschaft stets völlig frei und unabhängig von der Mehrheitsbeteiligung urteilen können und werden. Die psychologische Wirkung der Mehrheitsbeteiligung darf nicht unterschätzt werden. Grundsätzlich aber sind Vorstand und Aufsichtsrat des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens

verpflichtet, dieses in eigener Verantwortung zu leiten[1]. Das bedeutet, daß sie die Gesellschaft vor Schaden zu bewahren haben[2]. Einflußnahmen sind nur insoweit stattzugeben, als die wirtschaftliche Selbständigkeit der Gesellschaft im Ergebnis gewahrt bleibt. Ist die Beteiligungsgesellschaft zu dieser Anerkennung nicht bereit, muß dem Einfluß schon von Gesetzes wegen Einhalt geboten werden. Diese Kontrolle kann mit paritätischer Mitbestimmung ausgeprägter sein als bislang, insbesondere bei nachteiligen Einflußnahmen, bei denen die Ermittlung der Nachteile nicht exakt erfolgen kann[3]. Andernfalls machen sich Vorstand und Aufsichtsrat gemäß §§ 93, 116 AktG schadensersatzpflichtig[4].

Damit wird deutlich, daß der Beherrschungsmöglichkeit, was den Umfang des Einflusses im Sinne eines faktischen Entscheidungsdrucks angeht, bereits durch die §§ 311 ff AktG Grenzen gezogen sind. Der Abhängigkeitsbegriff des § 17 Abs. 2 AktG muß im Hinblick auf die §§ 311 ff AktG Einschränkungen erfahren und kann nicht so wie für den Beherrschungsvertrag oder die Eingliederung umschrieben werden.
Daß nun noch der gleichberechtigte und -gewichtige Einfluß der Arbeitnehmer hinzutritt, hat auf die gesetzlich schon beschränkte Beherrschungsmöglichkeit und damit den Abhängigkeitsbegriff kaum nennenswerten Einfluß. Was das Verhalten der Arbeitnehmervertreter betrifft, wirddie Beteiligungsgesellschaft bei zulässigen Einflußnahmen mit hoher Wahrscheinlichkeit auf ihre sichere Mitwirkung rechnen können, solange ihre Interessen gewahrt bleiben, was das Vorliegen der Abhängigkeit weiter verstärkt[5].

---

1 Mestmäcker, Festgabe Kronstein 67, S. 141

2 Pähler, S. 162

3 Nach Pähler, S. 163 kann die Ermittlung der Nachteile bei allen Maßnahmen iS von § 311 AktG nicht erfolgen, bspw. bei Veranlassung zur Betriebsstillegung

4 Dazu Würdinger in Großkomm. AktG, § 318 Anm. 1

5 Ausschußbericht zu § 16 bei Kropff, S. 29/30; der ein Abhängigkeitsverhältnis annimmt, wenn das mit Mehrheit beteiligte Unternehmen zur Durchsetzung seines Einflusses sicher auf die Mitwirkung anderer Aktionäre rechnen kann

Zusammenfassend folgt aus dem rechtlichen und psychologischen Gesamtbild, daß die Mehrheitsbeteiligung bei paritätischer Mitbestimmung weiterhin ein geeignetes Mittel ist, auf Geschäftsführungsmaßnahmen Einfluß im Sinne der Beteiligungsgesellschaft zu nehmen. Ein, wenn auch abgeschwächter, faktischer Entscheidungsdruck auf Vorstand und Arbeitnehmervertreter ist für die Beherrschungsmöglichkeit immer noch ein wesentlich zu berücksichtigender Faktor. Eine völlige Loslösung des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens von den Interessen der Beteiligungsgesellschaft ist ausgeschlossen. Eine Rücksichtnahme auf die Beteiligungsgesellschaft ist für Vorstand und Arbeitnehmervertreter des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens nahezu unumgänglich.

Da die Beherrschungsmöglichkeit und damit die Abhängigkeit bereits unter der BetrVG-Mitbestimmung durch die §§ 311 ff AktG einschränkungen erfahren, die Abhängigkeit iS von § 17 Abs. 2 AktG trotzdem vermutet wird, kann eine nochmalige minimale Einbuße der Beherrschungsmöglichkeit durch die paritätische Mitbestimmung nichts daran ändern, die Abhängigkeitsvermutung aufrechtzuerhalten. Auf diese Weise wird man auch dem Schutzzweck der §§ 311 ff AktG gerecht. Ließe man die Widerlegung aufgrund paritätischer Mitbestimmung zu, würde der Einfluß der Mehrheitsbeteiligung auf das Entscheidungsverhalten von Vorstand und Arbeitnehmervertreter in dem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens verkannt und der Schutzzweck der §§ 311 ff AktG unzulässigerweise vereitelt.

b) Die sogenannten tatsächlichen Verhältnisse als Beherrschungsmitte

Inwieweit sogenannte tatsächliche Verhältnisse[1] einen aktienrechtlich relevanten Abhängigkeitstatbestand schaffen, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt.

---

1 Darunter versteht man Beziehungen eines Unternehmens zu Kreditgebern, Lieferanten, Abnehmern etc., also im weitesten Sinn Abhängigkeit aufgrund wirtschaftlicher, nicht auf gesellschaftsrechtlicher Basis beruhender Gegebenheiten; Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 17 Rdnr. 17

Der Gesetzgeber hält rein tatsächliche Verhältnisse in aller Regel nicht für ausreichend, einen beherrschenden Einfluß ausüben zu können. Diese seien zu unsicher, um von einer gefestigen Position des Begünstigten sprechen zu können, ein Unternehmen seinem Willen zu unterwerfen[1]. Damit hat aber auch der Gesetzgeber die Möglichkeit der Beherrschung aufgrund tatsächlicher Gegebenheiten nicht restlos ausgeschlossen.
Im Schrifttum wird die Beherrschungsmöglichkeit aufgrund tatsächlicher Verhältnisse überwiegend[2] abgelehnt. Zum Teil unter Berufung darauf, daß sich die Folgen einer derartigen Abhängigkeit im normalen wirtschaftlichen Risikobereich des Unternehmens bewegen[3], teils damit, daß sich das Unternehmen aus der wirtschaftlichen Abhängigkeit befreien kann[4].
Der Schutzzweck der §§ 311 ff AktG darf im Hinblick auf den Abhängigkeitsbestand iS von § 17 Abs. 1 AktG nicht so weit ausgedehnt werden, daß Untergesellschaft, Gläubiger und Minderheitsaktionäre von jedem wirtschaftlichen Risiko befreit werden. Solange ein Unternehmen in der Lage ist, dem Druck des wirtschaftlich mächtigeren Partners auszuweichen und dieser nur über die Möglichkeit verfügt, dem Unternehmen seine Bedingungen für einen einzelnen vertraglichen Regelungsgegenstand aufzuzwingen, kann man sicherlich nicht von einer Abhängigkeit im aktienrec htlichen Sinn sprechen.

---

1 Begr. RegE zu § 17 bei Kropff, S. 31

2 Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 17 Rdnr. 12; Würdinger in Großkomm. AktG, § 17 Anm. 3 ; siehe auch Arbeitskreis Krähe, S. 11

3 Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 17 Rdnr. 12

4 Würdinger, a.a.O.

Ob sogenannte tatsächliche Verhältnisse Beherrschungsmöglichkeiten und Einfluß auf die Geschäftspolitik in wichtigen Unternehmensbereichen verschaffen, kann nur ermittelt werden, wenn man auf die wirtschaftliche Gesamtlage des zu beeinflussenden Unternehmens abstellt. Dabei sind beispielsweise die finanzielle Lage des Unternehmens, Produktionsprogramme, Wettbewerbsverhältnisse, Absatzmöglichkeiten, Zulieferungsverhältnisse usw. zu berücksichtigen. Es können zum Beispiel die Marktverhältnisse auf dem Sektor, in dem ein Unternehmen tätig ist, so beschaffen sein, daß es auf die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen zu einem wirtschaftlich stärkeren Partner unbedingt angewiesen ist. Der Markt kann diesem Unternehmen nur wenig oder überhuapt keinen Spielraum eigenständiger Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Auswahl der Geschäftspartner lassen.

Ist ein Unternehmen dermaßen wirtschaftlich abhängig, daß sein Fortbestand von dem Willen eines anderen abhängt, ist es wenig glaubwürdig, der wirtschaftlich stärkere Partner sei nicht in der Lage, über die vertraglichen Beziehungen, auf die ein Unternehmen angewiesen ist, beherrschenden Einfluß auf sämtliche Unternehmensbereiche auszudehenen[1]. Wer in seinem Fortbestand vom Wohlwollen eines anderen abhängig ist, wird sich in geschäftsführenden Angelegenheiten dem Willen des Stärkeren unterwerfen[2].

Man wird diesen Grundsatz jedoch dann einschränken müssen, wenn sich ein Unternehmen aus dieser wirtschaftlichen Abhängigkeit dadurch befreien kann, in dem es seine Produktion umstellt und sich einen anderen Absatz- oder Zuliefermarkt sucht[3].

---

1 So überzeugend Prühs, a.a.O., S. 2oo5; ob die §§ 22, 26 II 2 GWB einen ausreichenden Schutz bieten, ist zweifelhaft. Beispiel nach Arndt, a.a.O., S. 218: Ein Unternehmen liefert einen solch hohen Anteil seiner Produktion an ein anderes, daß es bei Verlust des Kunden in Schwierigkeiten gerät. Hier können ohne weiteres ausreichende und zumutbare Möglichkeiten, auf ein anderes Unternehmen auszuweichen, bestehen. Genügt eine Absatzminderung von 1o %, um ein Unternehmen insolvent zu machen, so kann das schon ausreichen, um ein Beherrschungsverhältnis zu begründen. Insbesondere die psychologische Wirkung, den Kunden verlieren zu können, wird dem Einfluß Tür und Tor öffnen.

2 Diesen, auf existentiellen Gründen basierenden Entscheidungszwang verkennt Würdinger in Großkomm. AktG, § 17 Anm. 3

3 Adler/Düring/Schmaltz, Vorb. zu §§ 311-313 Rdnr. 32

Ist das Unternehmen in seinem Fortbestand vom wirtschaftlich stärkeren Geschäftspartner abhängig, ohne in der Lage zu sein, seine Produktion schnell umstellen zu können und sofort einen neuen Zulieferer- oder Absatzmarkt zu finden, so verwirklicht sich auch keineswegs mehr das jedem Unternehmen immanente wirtschaftliche Risiko, sondern ein fremdes Risiko. Dieses kann jetzt nicht mehr auf das Unternehmen, seine Aktionäre und Gläubiger abgewälzt werden.
Es ist deshalb dringend geboten, in diesen Fällen eine Abhängigkeit iS von § 17 Abs. 1 AktG anzunehmen und demgemäß die §§ 311 ff AktG anzuwenden[1], die zusammen mit den §§ 22, 26 Abs. 2 Satz 2 GWB für einen ausreichenden Schutz sorgen.

Die paritätische Mitbestimmung im Unternehmen beeinflußt dieses Ergebnis kaum.
Existenzfragen des Unternehmens sind gleichzeitig Fragen der Arbeitsplatzerhaltung. Sogenannte tatsächliche Verhältnisse sind Mittel, die auf die Arbeitnehmervertreter einen ebenso starken Entscheidungsdruck ausüben wie auf den Vorstand, dem sie sich kaum entziehen können. Tatsächliche Verhältnisse können sogar einen stärkeren Einfluß auf die Geschäftsführung gewähren, als wenn nur eine Mehrheitsbeteiligung vorliegt.
Der faktische Entscheidungsdruck auf Vorstand und Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat eines in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens verstärkt sich, wenn das mehrheitlich beteiligte Unternehmen über die Mehrheitsbeteiligung hinaus sogenannte tatsächliche Verhältnisse einsetzen kann. Wenn zusätzlich eine Mehrheitsbeteiligung gegeben ist, braucht man bei den tatsächlichen Verhältnissen noch nicht einmal so weit zu gehen, daß sie über den Fortbestand eines Unternehmens entscheiden müssen.
Mehrheitsbeteiligung und tatsächliche Verhältnisse zusammen sind allemal taugliche Mittel, eine Beherrschungsmöglichkeit und damit eine Abhängigkeit und die Anwendung der §§ 311 ff

---

1 Siehe insbesondere Prühs, a.a.O., S. 2005; siehe auch Godin/Wilhelmi, § 17 Anm. 2; DJT-Konzernrecht 67, Rdnr. 121

AktG zu begründen[1].
Damit erweist sich, daß ein Unternehmen nicht die Möglichkeit haben muß, Vorstand und Aufsichtsrat eines anderen Unternehmens nach seinem Willen besetzen zu können, um den Abhängigkeitstatbestand iS von § 17 AktG als erfüllt anzusehen. Selbst bei paritätischer Mitbestimmung kann der Arbeitnehmereinfluß mehr oder minder stark mit Hilfe anderer Mittel eingeschränkt werden, welche die ansonsten geforderte Personalhoheit des herrschenden Unternehmens ausgleichen können.

c) Satzungsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten

Die Hauptversammlung der AG ist nicht oberstes Willensbildungsorgan. Die vom Gesetz fest umrissenen Kompetenzen der einzelnen AG-Organe bringen es mit sich, daß der Hauptversammlung keine allumfassende Gestaltungsautonomie im Unternehmen zukommt. Aus diesem Grunde ist es unzulässig, der Hauptversammlung kraft Satzung weitergehende Rechte einzuräumen als die vom Gesetzgeber vorgesehenen[2]. Auf diese Weise ist es ausgeschlossen, daß ein Unternehmen den paritätisch besetzten Aufsichtsrat und den von diesem gewählten Vorstand durch die in der Satzung eingeräumten Rechte überspielen kann.
Als satzungsrechtliche Gestaltungsmittel, einem Unternehmen überhaupt beherrschenden Einfluß zu verschaffen, kommen nur das Entsendungsrecht in den Aufsichtsrat gemäß § 101 Abs. 2 AktG und die Einräumung von Mehrstimmrechtsaktien nach §§ 12 AktG, 5 EG AktG in Betracht[3].
Hinsichtlich der Möglichkeit, beherrschenden Einfluß auszuüben, können diese Rechte in ihrer Bedeutung aber nicht weiter gehen als dies im Fall einer reinen Mehrheitsbeteiligung mög-

---

1 Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 17 Rdnr. 17; Praktische Probleme in neuen Aktienrecht, S. 114, wo berichtet wird, daß bei paritätischer Mitbestimmung oft andere wirksame Mittel zur Einflußnahme auf die Geschäftsführung vorhanden sind

2 § 23 Abs. 5 AktG

3 Emmerich/Sonnenschein, S. 29; Würdinger in Großkomm. AktG, § 17 Anm. 7

lich ist.

4) Einheitliche Leitung

Der einheitlichen Leitung im Rahmen der §§ 311 ff AktG sind schon vom Schutzzweck dieser Normen her gesetzliche Grenzen gesetzt[1]. Unter diesen gesetzlichen Grenzen ist die einheitliche Leitung im Rahmen der §§ 311 ff AktG primär zu sehen. Erst von sekundärer Bedeutung ist die Frage, inwiefern die paritätische Mitbestimmung die einheitliche Leitung beeinflußt.

a) Konzernbildung und Mehrheitsbeteiligung

aa) Koordination im finanziellen Bereich[2]

Sieht man die Koordination im finanziellen Bereich als das maßgebliche Kriterium[3] oder als ein wesentliches Erfordernis[4] der einheitlichen Leitung an, kommt es entscheidend darauf an, ob das mehrheitlich beteiligte Unternehmen die Finanzpolitik des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens zentral steuern kann. Dabei geht es in erster Linie darum, in welchem Umfang das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen zum finanziell-wirtschaftlichen Gesamtergebnis beitragen soll, welche Finanzierungsmittel für unternehmerische Vorhaben der Untergesellschaft bereit gestellt werden sowie um die Aufbringung der Finanzmittel[5]. Kapitalmaßnahmerechte fallen in die Kompetenz der Hauptversammlung einer in Mehrheitsbesitz stehenden AG. Es ist daran zu denken, daß der Finanzbereich des rechtlich abhängigen Unternehmens über seine Hauptversammlung, in der der Obergesellschaft der bestimmende Einfluß zufällt, gesteuert werden kann.

---

1 Vgl. S. 103 ff

2 Zum Umfang des Finanzwesens Arbeitskreis Krähe, S. 103; Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 18 Rdnr. 9

3 Biedenkopf/Koppensteiner, a.a.O.; a.A. Ihde, Der faktische GmbH-Konzern, S. 44

4 Emmerich/Sonnenschein, S. 37; Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 44

5 Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 18 Rdnr. 9

In dieser Hinsicht entscheidet die Hauptversammlung über Kapitalerhöhungen (insbesondere §§ 182 ff und § 2o7 AktG[1]), -herabsetzungen (§§ 222 ff AktG) und über die Verwendung des Bilanzgewinns (§ 174 AktG). Gemäß §§ 174 Abs. 2 Ziffer 3, 58 Abs. 3 Satz 1 AktG ist die Hauptversammlung ermächtigt, weitere Beträge aus dem Bilanzgewinn in offene Rücklagen einzustellen, die dem Unternehmen zum Zwecke der Eigenfinanzierung zur Verfügung stehen.
Ferner hat die Hauptversammlung Einfluß auf die Feststellung des Jahresabschlusses gemäß § 173 AktG. Wird der vom Vorstand aufgestellte Jahresabschluß durch den Aufsichtsrat, insbesondere durch die Vertreter der Beteiligungsgesellschaft, nicht gebilligt, so stellt die Hauptversammlung den Jahresabschluß fest. Im Regelfall sind in der Hauptversammlung der Untergesellschaft keine oder nur wenige Minderheitsaktionäre[2], so daß der Allein- oder Mehrheitsaktionär einen großen Einfluß auf die Eigenfinanzierung der Untergesellschaft hat.

Wenn allerdings noch viele Minderheitsaktionäre vorhanden sind, erscheint es fraglich, ob das mehrheitlich beteiligte Unternehmen Wert darauf legt, sich mit diesen in einem öffentlichen Forum wie der Hauptversammlung über die Feststellung des Jahresabschlusses und der daran anknüpfenden Folgen auseinanderzusetzen. Hinzu kommt, daß dadurch nicht nur der Vorstand und Aufsichtsrat in den Ruf der Unfähigkeit und des Mißkredits kommen können, sondern das Unternehmen selbst materielle Einbußen und eine Einbuße seines Ansehens hinnehmen muß. Insofern kann dann der Einfluß des Mehrheitsaktionärs auf die Eigenfinanzierung der Untergesellschaft über ihre Hauptversammlung nur als gering veranschlagt werden.
Eine Fremdfinanzierung durch Kredite kann die Beteiligungsgesellschaft, wenn eine solche Maßnahme im Aufsichtsrat der Untergesellschaft zustimmungsbedürftig ist, verhindern, um auf diesem Weg über eine Kapitalerhöhung, für die sie die Mittel selbst aufbringt, ihre Beteiligung am Aktienkapital zu erhalten oder zu vergrößern. Umgekehrt ist das mehrheitlich betei-

---

1 Vgl. auch § 2o2 AktG
2 Großfeld, a.a.O., S. 1o

ligte Unternehmen in der Lage, mit seinen Stimmen in der Hauptversammlung jegliche Kapitalerhöhung zu vereiteln und mittelbar einen Zwang zur Kreditfinanzierung auszuüben.
Benötigt die Untergesellschaft eine größere Kapitaldecke, wird ihr nichts anderes übrig bleiben, als sich der finanzpolitischen Entscheidung des Mehrheitsaktionärs zu beugen. Daneben können die Vertreter der Obergesellschaft im Aufsichtsrat der Untergesellschaft auch bestimmen, durch wen die Kreditfinanzierung vorgenommen werden soll, weil die Hälfte der Stimmen immer noch ausreicht, einem Kreditaufnahmevorschlag des Vorstands, gebunden an einen bestimmten Kreditgeber, die Zustimmung zu versagen.
Sofern die Untergesellschaft nicht oder kaum fähig ist, durch Selbstfinanzierung über einbehaltene Gewinnrücklagen bedeutende unternehmerische Initiativen zu entfalten, hat der Mehrheitsaktionär auf diese Weise einen gewichtigen Einfluß insbesondere auf die Investitionspolitik der Untergesellschaft[1]. Daß in einem solchen Fall das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen auch tatsächlich dazu gezwungen werden kann, einen Kredit bei der Obergesellschaft zu unangemessenen Vertragsbedingungen aufzunehmen, führt letztlich zu einer verdeckten Gewinnausschüttung außerhalb des Bilanzgewinns, der die Minderheitsaktionäre und Gläubiger schutzlos ausgeliefert sind, da sie sich hier kaum auf die Unterstützung des Vorstands und der Arbeitnehmervertreter werden verlassen können.
Es kann somit festgestellt werden, daß das mehrheitlich beteiligte Unternehmen Einfluß auf wesentliche[2] finanzpolitische Entscheidungen nehmen kann, wie auf die Entscheidung über die dem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen zur Verfügung stehenden Finanzmittel, die Art ihrer Aufbringung sowie die Investitionspolitik.

---

1 Zum Zusammenhang Koordination im finanziellen Bereich und Investitionspolitik Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 18 Rdnr. 9; Arbeitskreis Krähe, S. 76

2 Dazu Biedenkopf/Koppensteiner, a.a.O.

Allein auf den Beteiligungsbesitz gestützt kann die Obergesellschaft im Einzelfall auch Einfluß darauf nehmen, in welchem Umfang die Untergesellschaft zum finanziell-wirtschaftlichen Gesamterfolg beitragen soll. Dazu ist seitens der Obergesellschaft erforderlich, daß sie über Mittel verfügt, die Gewinne dort anfallen zu lassen, wo es ihr am geeignetsten erscheint. Unabdingbare Voraussetzung dafür ist, daß sie in umfassender Weise Gewinne der Untergesellschaft auf sich oder andere mit ihr verbundenen Gesellschaften unter Nichtanerkennung des wirtschaftlichen Interesses der Untergesellschaft verlagern kann. Bekanntes Beispiel dafür sind die schon erwähnten Konzernverrechnungspreise. Eine finanzielle Vollintegration der Untergesellschaft in die (Konzern-) Obergesellschaft ist zwar dann auf jeden Fall möglich, wenn die Verwaltungsorgane der Untergesellschaft mehrheitlich mit dem Konzerninteresse dienenden Mitgliedern besetzt sind. Gerade das ist bei paritätischer Mitbestimmung nicht der Fall. Wenn die Obergesellschaft aber in der Lage ist, die Untergesellschaft zu einer Kreditaufnahme zu unangemessenen Vertragsbedingungen bei ihr zu bewegen, kann nicht bezweifelt werden, daß die Untergesellschaft auch auf diesem Weg finanziell in den Konzernverbund integriert werden kann.
Der tatsächliche Einfluß auf die angeführten finanzpolitischen Entscheidungen kann in Einzelfällen für die einheitliche Leitung ausreichend sein. Zwar muß anerkannt werden, daß die einheitliche Leitung durch Steuerung des finanziellen Bereichs nicht mehr so einfach wie bisher durchgeführt werden kann, aber weiterhin, wenn auch unter Schwierigkeiten, möglich bleibt.

bb) Faktische Leitungsmacht[1] in anderen Bereichen

Faßt man den Begriff der einheitlichen Leitung so auf, daß die Konzernleitung die Geschäftspolitik und die sonstigen grundsätzlichen Fragen ihrer Geschäftsführung mit der Tochtergesellschaft abstimmt[2], so ist es nicht erforderlich, daß das herrschende Unternehmen die einheitliche Leitung in allen wesentlichen

---

1 Zum Begriff Geßler, Festschrift Westermann 74, S. 155

2 Begr. RegE zu § 18 bei Kropff, S. 33; Baumbach/Hueck, § 18 Rdnr. 4

Entscheidungsbereichen (Finanz-, Produktions-, Personal-, Absatzbereich usw.) oder in einem speziellen Bereich an sich ziehen muß, um einen Konzern zu begründen. Damit steht dem herrschenden Unternehmen eine Palette von Geschäfts- und Entscheidungsbereichen des abhängigen Unternehmens offen. Zumindest einen dieser wichtigen Entscheidungsbereiche muß sich das herrschende Unternehmen allerdings selbst vorbehalten, um von einer einheitlichen Leitung sprechen zu können.
Wenn die Obergesellschaft den finanziellen Bereic h nicht an sich zieht oder dabei auf tatsächliche Hindernisse stößt, so fragt sich, ob eine einheitliche Leitung noch möglich ist.

Vorstand und Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens sind sich bewußt, daß ohne die Unterstützung der Beteiligungsgesellschaft und den mit der Mehrheitsbeteiligung vorhandenen Möglichkeiten keine vernünftige Unternehmenspolitik betrieben werden kann. Will das abhängige Unternehmen eine marktgerechte und konkurrenzfähige Unternehmenspolitik betreiben, muß es wegen des Einflusses, den die Mehrheitsbeteiligung darauf hat, "freiwillig" zumindest in einem oder mehreren wesentlichen geschäftspolitischen Bereichen Einflußnahmen (bei Nachteiligkeit gegen Ausgleich) zulassen. Ein entscheidender Gesichtspunkt für die Anerkennung konzernpolitischer Belange ist dabei die wirtschaftliche Potenz und die möglichen zu erwartenden "Sanktionen" des herrschenden Unternehmens in der Hauptversammlung und dem Aufsichtsrat des in Mehrheitsbesitz befindlichen Unternehmens, wenn Konzerninteressen nicht genügend berücksichtigt werden.
Wenn die Obergesellschaft den finanziellen Bereich nicht an sich zieht oder ziehen kann, so ist die Durchsetzung anderer Entscheidungen zum Großteil das Ergebnis der Mehrheitsbeteiligung als Druckfaktor.

Die Konkretisierung und inhaltliche Ausfüllung eines wichtigen geschäftspolitischen Bereichs erfolgt durch Empfehlungen, Wünsche, Weisungen usw. Eine diesbezügliche Einflußnahme, deren Durchsetzung mehr auf der Mehrheitsbeteiligung als auf Freiwilligkeit beruht, bedarf einer nachhaltigen Intensität

und Kontinuität.
Die Möglichkeiten, die die Mehrheitsbeteiligung bietet, reichen allein nicht aus, einen wie bisher umfassenden Entscheidungsdruck auf Vorstand und Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auszuüben, der die Koordination der weitaus meisten Einflußnahmen und Vorstellungen der Obergesellschaft tatsächlich garantiert. Als ein solch starkes Machtmittel kann die Mehrheitsbeteiligung in Intensität, Quantität und Kontinuität nicht mehr angesehen werden. Der Umfang der einheitlichen Leitung kann unterschiedlich stark ausgeprägt sein, ohne daß das Bestehen eines Konzerns in Frage steht.

Wenn Vorstand und Arbeitnehmervertreter des abhängigen Unternehmens der Beteiligungsgesellschaft bei bestimmten Koordinationsversuchen in wesentlichen, konzernbegründenden Geschäftsführungsfragen die Mithilfe versagen, weil die Mehrheitsbeteiligung keinen zwingenden Entscheidungseinfluß herbeiführen kann, wird die einheitliche Leitung in Frage gestellt.
Aus diesem Grund sollte bei alleiniger Mehrheitsbeteiligung nicht mehr von der widerlegbaren Konzernvermutungsregel des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG ausgegangen werden. Die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung wird man mit Einführung paritätischer Mitbestimmung positiv feststellen müssen[1].
Einheitliche Leitung im Rahmen der §§ 311 ff AktG wird durch die paritätische Mitbestimmung selbst aber nicht ausgeschlossen. Die Mehrheitsbeteiligung als stets mitwirkendes Druckmittel beeinflußt im Hinblick auf eine Entscheidung im Interesse des herrschenden Unternehmens in vielen Fällen das Entscheidungsverhalten der Arbeitnehmervertreter und des Vorstands des abhängigen Unternehmens. Deshalb ist es nicht ganz richtig, wenn behauptet wird, einheitliche Leitung sei nur allein mit Hilfe der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat

1 Zum RegE MitbG 74 umfassend Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 54 ff; das gilt auch für den finanziellen Bereich, da dessen Steuerung nunmehr schwieriger zu handhaben ist.

des abhängigen Unternehmens möglich[1], zumal nicht der Aufsichtsrat, sondern der Vorstand geschäftsführendes Organ ist.

Einheitliche Leitung kann auf verschiedenen Wegen hergestellt werden. Insbesondere ist ein Weisungsrecht nicht erforderlich[2]. Sie ist auch dadurch zu erreichen, daß die von der Obergesellschaft aufgestellten Verhaltensweisen freiwillig befolgt werden.
Zu weit geht es allerdings, wenn gefordert wird, einheitliche Leitung müsse in ihrer Durchsetzung allein vom Ausübenden abhängen[3]. Dafür ergeben sich keine gesetzlichen Anhaltspunkte. Daß sie auch auf freiwilliger Vereinbarung beruhen kann, dafür ist der Gleichordnungskonzern das beste Beispiel.

b) Faktische Leitungsmacht bei Beherrschung aufgrund sogenannter tatsächlicher Verhältnisse

Befindet sich ein Unternehmen aufgrund sogenannter tatsächlicher Verhältnisse in einer existenziellen Abhängigkeit von einem anderen und somit in einer Abhängigkeit gemäß § 17 Abs. 1 AktG[4], kann diese existenzielle Abhängigkeit ohne große Schwierigkeiten dazu benutzt werden, das abhängige Unternehmen der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zu unterwerfen. Je enger ein Unternehmen an ein anderes wirtschaftlich angekettet ist, um so mehr kann ein Entscheidungsdruck auf die Organe des abhängigen Unternehmens im Sinne einer einheitlichen Leitung (in Grenzen der §§ 311 ff AktG) ausgeübt werden.
Dabei entwickeln tatsächliche Verhältnisse in Verbindung mit einer Mehrheitsbeteiligung einen noch größeren und intensiveren Entscheidungsdruck auf Vorstand und Arbeitnehmervertreter.

c) Entscheidungsverhalten von Vorstand und Arbeitnehmervertretern unter Berücksichtigung empirischer Untersuchungen

Es ist nunmehr von Interesse, die Einstellung des Vorstands und insbesondere der Arbeitnehmervertreter zu den Interessen des herrschenden Unternehmens zu ermitteln.

1 So Martens, ZHR 138 (1974), S. 199
2 Begr. RegE zu § 18 bei Kropff, S. 33
3 Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 18 Rdnr. 11
4 Vgl. S. 133

aa) Der Vorstand des abhängigen Unternehmens

Das Entscheidungsverhalten des Vorstands, soweit ihm bei bestimmten Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens noch ein überwiegend freier Entscheidungsspielraum verbleibt, ist schwierig zu beurteilen und hängt von vielen Faktoren ab. Immerhin kann angenommen werden, daß der Vorstand das langfristige Unternehmenswohl im Auge hat und Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens unter diesem Blickwinkel mit überprüfen wird. Da er für die Leitung der Gesellschaft verantwortlich ist, obliegt es gerade ihm, die verschiedenen in der Gesellschaft wirkenden Interessengegensätze zum Ausgleich zu bringen. Dazu gehören Arbeitnehmer-, Gläubigerinteressen, die Interessen der Minderheitsaktionäre und des herrschenden Unternehmens. Das Arbeitnehmerinteresse und das Interesse des herrschenden Unternehmens prägen in erster Linie das Entscheidungsverhalten des Vorstands[1]. Zwischen diesen beiden Interessengruppen läßt sich wiederum eine Abstufung im Sinne einer psychologischen Bevorzugung der Interessen des herrschenden Unternehmens feststellen, weil dem herrschenden Unternehmen aufgrund der Beteiligung in der Hauptversammlung eine für die Unternehmensführung wichtige, insgesamt gesehen stärkere Machtposition als den Arbeitnehmern zuteil wird.
Trotzdem ist zu erwarten, daß der Vorstand infolge paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung mehr gezwungen wird, zwischen den unternehmenspolitischen Interessen der herrschenden Gesellschaft und denen des eigenen Unternehmens hinreichend zu unterscheiden. Eine derartig genügende Unterscheidung hat sich bislang als wenig realistisch erwiesen[2].
Es ist weiter anzunehmen, daß der Vorstand sein Verhalten gegenüber Einflußnahmen der Obergesellschaft mit den Arbeitnehmervertretern abstimmt.
Jedenfalls ist es dem Vorstand der abhängigen Gesellschaft weit eher möglich, den Einfluß des herrschenden Unternehmens in einer für die eigene Gesellschaft vertretbaren Weise zurückzudrängen.

---

1 von Nell-Breuning, Festgabe Kronstein 67, S. 62
2 Biedenkopf, Festschrift L. Raiser 74, S. 346

Der Verdichtung von Einflußnahmen zu einheitlicher Leitung dürfte vom Vorstand in der Regel nur dann kein Widerstand entgegengesetzt werden, wenn die wirtschaftliche Selbständigkeit des rechtlich abhängigen Unternehmens im großen und ganzen unangetastet und ihm diesbezüglich überhaupt noch ein Entscheidungsspielraum bleibt. Auch das Entscheidungsverhalten der Arbeitnehmervertreter wird seine Einstellung nicht unbeeinflußt lassen.

bb) Die Arbeitnehmervertretung

aaa) Arbeitnehmervertreter und das Konzerninteresse

Der Aufsichtsrat und insbesondere die Arbeitnehmervertreter abhängiger Unternehmen sind im Rahmen der §§ 311 ff AktG nicht an das Interesse des herrschenden Unternehmens oder an das Konzerninteresse gebunden[1]. Eine Bindung kann schon deshalb nicht bestehen, weil einmal dem herrschenden Unternehmen kein gesetzlich eingeräumtes Weisungsrecht zusteht. Zum anderen widerspricht es der Absicht des Gesetzes, nach dem die Beherrschung auf faktischer Grundlage gemäß den §§ 311 ff AktG nicht zu einer solchen Umstrukturierung der Organe des abhängigen Unternehmens führen darf, die die wirtschaftliche Selbständigkeit des Unternehmens aufhebt.

bbb) Gefahr der Blockierung einheitlicher Leitung

Zwar besteht bei paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung die Möglichkeit, daß die einheitliche Leitung blockiert wird. Jedoch sind die Arbeitnehmervertreter einmal im Interesse einer harmonischen Zusammenarbeit mit den Vertretern der Beteiligungsgesellschaft gezwungen, Einflußnahmen zu dulden. Zum anderen sollte man die Blockierungsmöglichkeit nicht so dramatisieren, als würden und könnten die Arbeitnehmervertreter bei allen wichtigen zustimmungsbedürftigen Geschäftsführungsmaßnahmen ihr Veto einlegen und damit eine einheitliche Leitung gänzlich unmöglich machen. Im Aufsichtsrat stehen sich auch keine Gruppen gegenüber, die nur widerstreitende

---

1 Martens, ZHR 139 (1974), S. 199 Fußn. 43

Interessen und keinerlei gemeinsames Ziel vor Augen haben. Bisher ist immer nur allgemein von den Arbeitnehmervertretern die Rede gewesen. Die Arbeitnehmervertreter setzen sich zusammen aus Arbeitern, Angestellten, leitenden Angestellten und Gewerkschaftsvertretern[1]. Es ist daher wesentlich, die Bedeutung der einzelnen Gruppen auf Arbeitnehmerseite hinsichtlich ihres Entscheidungsverhaltens unter Heranziehung empirischer Untersuchungen zu analysieren.

---

1 §§ 7, 15 Abs. 2 RegE MitbG 74 und MitbG 76

aaaa) Das Entscheidungsverhalten der Arbeiter und Angestellten[1]

Arbeiter und Angestellte stellen den weitaus größten Prozentsatz der Arbeitnehmerschaft und von ihrer Funktion her den typischen Gegensatz zum Unternehmer dar. Daher dürfte ihre Entscheidungsmotivation auch in etwa gleichgerichtet sein[2].
Bezeichnend ist, daß eine Vielzahl von Aufsichtsratsmitgliedern auf Arbeitnehmerseite gleichzeitig dem Betriebsrat angehört[3] und auf eine jahrelange Unternehmensangehörigkeit zurückblicken kann[4].
Daß sich an dieser Praxis mit Einführung paritätischer Mitbestimmung etwas ändern sollte, ist nicht anzunehmen. Die Betriebsratszugehörigkeit bringt es mit sich, daß diese Arbeitnehmervertreter über den gesamten Betriebsablauf informiert sind und die aus unmittelbarer Betriebsnähe bezogenen Informationen als wichtige Entscheidungsbeiträge zur Sprache bringen können.
Die jahrelange Tätigkeit in demselben Unternehmen fördert ein enges Verhältnis des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds zu seinem Unternehmen. Das Aufsichtsratsmitglied identifiziert sich mit dem Unternehmen und nimmt an seinem Werdegang und Schicksal teil[5]. Die gleichzeitige Zugehörigkeit zum Betriebs- oder Gesamtbetriebsrat und die enge Verbundenheit zum Betrieb und Unternehmen führen zwangsläufig dazu, daß sich die Betriebsratstätigkeit bei unternehmenspolitischen Entscheidungen im Aufsichtsrat fortsetzt und dementsprechend eine spezifische Orientierung an Betriebs- bzw. Unternehmensinteressen gegeben ist. Damit ist das Problem des in der Praxis anzutreffenden Betriebs- oder Unternehmensegoismus angesprochen[6]. Für die einheitliche Leitung im Rahmen der §§ 311 ff AktG kann sich dieser Betriebs- oder Unternehmensegoismus dann nachteilig auswirken, wenn die von ihm erfaßten Belange des abhän-

---

1 Zur Definition vgl. § 3 AVG

2 Siehe auch Voigt in Voigt/Weddigen, S. 335 und 337; Leverkusener Kreis in Mayer/Reich, S. 175 ff, 185 zu § 15 Alternativvorschlag

3 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 35 unter 17

4 Siehe Blume, Normen und Wirklichkeit, S. 184

5 Blume, a.a.O.

6 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 33/34 unter 12,- 14.; Blume a.a.O., S. 190/191; Voigt, a.a.O., S. 322 Fußn. 74; Seidel, Das MitbGespräch 73, S. 176

gigen Unternehmens und seiner Arbeitnehmer nicht genügend berücksichtigt werden oder ein interner betriebs- oder unternehmensübergreifender Ausgleich innerhalb der Arbeitnehmerseite nicht zustandekommt.
Insgesamt gesehen wird man zumindest davon ausgehen können, daß Arbeiter und Angestellte gegenüber einheitlichen Leitungsmaßnahmen zunächst einmal, soweit sie daran nicht durch faktische Beherrschungsmittel gehindert werden, eine kritischere Haltung einnehmen werden als ihre Kollegen im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens[1].
Andererseits dürften auch die Arbeiter und Angestellten des faktisch abhängigen Unternehmens trotz eines Betriebs- oder Unternehmensegoismus erkannt haben, daß eine kooperative Zusammenarbeit mancherlei Vorteile für sie mit sich bringt (z.B. bessere betriebliche Sozialleistungen)[2]. Solange soziale Belange und der mitbestimmungsrechtliche Besitzstand durch das herrschende Unternehmen gebührend berücksichtigt werden, dürfte von den Arbeitern und Angestellten des abhängigen Unternehmens nicht zu erwarten sein, daß sie sich grundsätzlich gegen einheitliche Leitungsmaßnahmen sperren[3]. Dies wird dadurch erhärtet, daß die einheitliche Leitung auch in der Montanindustrie bei Berücksichtigung spezifischer Arbeitnehmerinteressen anerkannt und geduldet wird[4].
Im Ergebnis läßt sich feststellen, daß Einflußnahmen der Obergesellschaft allgemein nicht auf eine ablehnende Stellungnahme der Angestellten und Arbeiter stoßen werden. Die wirtschaftliche Selbständigkeit des abhängigen Unternehmens

---

1 Voigt, a.a.O., S. 380, der berichtet, daß unternehmensangehörige Arbeitnehmervertreter der Obergesellschaft stolz darauf waren, daß ihr Unternehmen ein anderes zur Tochtergesellschaft gemacht hatte

2 Siehe dazu Lenk, S. 73/74

3 DGB, Mitbestimmung-Eine Forderung unserer Zeit 71, S. 31

4 DGB, Zusammenfassende Stellungnahme, S. 21; Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 45 unter 47.

im Rahmen der §§ 311 ff AktG bedingt zugleich, daß bei Ausübung einheitlicher Leitung nicht nur die Interessen von Minderheitsaktionären und Gläubigern zu berücksichtigen sind, sondern Arbeiter und Angestellte bei paritätischer Mitbestimmung ein Recht darauf haben, daß auch ihre Interessen gewahrt werden. Erkennt das herrschende Unternehmen die Interessen der Arbeitnehmer an, wird diese Gruppe, im Zusammenspiel mit dem faktischen Beherrschungsmittel als zusätzlichem Druckfaktor, eine einheitliche Leitung wie bisher gewährleisten. Inwieweit die Berücksichtigung sozialer Interessen die Planung langfristiger Konzernpolitik des herrschenden Unternehmens negativ beeinflußt und dies deshalb ganz davon absieht, abhängige Unternehmen in die Konzerngesamtstrategie mit einzubeziehen, bleibt der Disposition des herrschenden Unternehmens überlassen.

bbbb) Die leitenden Angestellten als Entscheidungsträger

Die leitenden Angestellten stellen die kleinste Gruppe der Arbeitnehmerschaft dar[1]. Sowohl nach dem RegE MitbG 74 [2] als auch nach dem MitbG 76 [3] steht den leitenden Angestellten mindestens ein Sitz im Aufsichtsrat auf Arbeitnehmerseite zu. Die eigenständige Vertretung der leitenden Angestellten auf Arbeitnehmerseite als Faktor "Disposition" wirft manches ungelöste Problem auf.
Weder aus betriebssoziologischer noch aus rechtlicher Sicht ist es bis jetzt gelungen, den Begriff des leitenden Angestellten klar und deutlich zu umreißen. Das Bundesarbeitsgericht[4] stellt dazu fest, daß leitende Angestellte iS von § 5 Abs. 3 Ziff. 3 BetrVG solche Angestellte sind, die spezifisch unternehmerische Teilaufgaben wahrnehmen. Daraus ergibt sich, daß sich die leitenden Angestellten in einer Zwitterstellung befinden. Einmal sind sie unbestritten Arbeitnehmer[5], zum anderen nehmen sie von ihrer betrieblichen Funktion her typische Unterneh-

1 DGB, Zusammenfassende Stellungnahme, S. 25: etwa 0,8% der Gesamtbelegschaft

2 § 15 Abs. 2 Satz 2

3 § 15 Abs. 2 Satz 3

4 BAG NJW 74, S. 965 ff, 968

5 BAG a.a.O., S. 968

mer-(Arbeitgeber)aufgaben wahr. Die Wahrnehmung typischer Unternehmerfunktionen bringt sie in einen Konflikt mit der Vertretung arbeitnehmerbezogener Interessen. Wegen dieses Interessenwiderstreits haben leitende Angestellte kein aktives und passives Wahlrecht zum Betriebsrat. Die Sonderstellung der leitenden Angestellten im Aufsichtsrat ist deshalb um so problematischer.
Befürchtet wird insbesondere, daß sie die Parität aufgrund ihrer unternehmerischen Funktion zu Lasten der Arbeitnehmer aufheben und ihre Entscheidungen im Konfliktfall an den Interessen der Anteilseigner ausrichten[1]. Daß diese Sorge nicht unbegründet ist, beweist eine Untersuchung unter der alten Mitbestimmungsregelung, nach der sich 69 % der befragten leitenden Angestellten als Arbeitnehmer und 30 % als Führungskräfte ansehen, die zur Unternehmerseite gehören[2].
Die Gefahr, daß die Arbeitnehmerseite durch die leitenden Angestellten gespalten wird, läßt sich nicht leugnen. Dies um so weniger, wenn die leitenden Angestellten aus ihrer Gruppe selbst ihren Vertrauensmann in den Aufsichtsrat wählen können. Viel wird deshalb vom Wahlmodus abhängen. Bietet der RegE MitbG 74 noch weitgehend Gewähr dafür, daß nur leitende Angestellte in den Aufsichtsrat gewählt werden, die arbeitnehmerfreundlich eingestellt sind[3], ist dies nach dem MitbG 76 wegen des Vorschlagsrechts der leitenden Angestellten weit weniger gegeben, wenn auch die Wahl und Wiederwahl des leitenden Angestellten durch leitende und Angestellte als einheitliche Gruppierung[4] erfolgt.
Was das Entscheidungsverhalten der leitenden Angestellten im Aufsichtsrat angeht, insbesondere, ob sie bei Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens Solidarität mit den übrigen Arbeitnehmervertretern zeigen werden oder mehr den Interessen des herrschenden

---

1 DGB, Zusammenfassende Stellungnahme, S. 23; Farthmann, Die Quelle 74, S. 98/99; siehe auch Farthmann, Der Spiegel vom 11.3.74, S. 27 und von Stosch, Das MitbGespräch 73, S. 178; Blüm, Das Spiegel-Gespräch, Der Spiegel vom 15.10.73, S. 36

2 von Stosch, a.a.O., S. 179

3 Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 38

4 § 15 Abs. 3 Satz 1 MitbG 76; auch gemeinsame Wahl kann vorgesehen werden, § 15 Abs. 3 Satz 2 MitbG 76

Unternehmens im Sinne einer Konzerngesamtstrategie folgen, lassen sich nur Vermutungen anstellen.
Sieht man die leitenden Angestellten als Teil der Führungsspitze des abhängigen Unternehmens an, werden sie bei unternehmenspolitischen Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens, wie der Vorstand selbst, das langfristige Wohl des eigenen Unternehmens im Auge haben, mehr von wirtschaftlichen Notwendigkeiten her argumentieren als auf kurzfristige, spezifisch arbeitnehmerbezogene Interessen bedacht sein. Da sie unmittelbar unterhalb der Vorstandsebene stehen, ist anzunehmen, daß sie über bestimmte Einflußnahmen weitgehend ebenso urteilen, wie der Vorstand[1]. Kann man bei der BetrVG-Mitbestimmung und der Mitbestimmung nach dem MitbG 76 noch davon sprechen, daß nur der Vorstand des abhängigen Unternehmens gegenüber den Vertretern des herrschenden Unternehmens im Aufsichtsrat einseitig abhängig ist, werden nun auch die leitenden Angestellten als Teil der Unternehmensführung in ihrem Entscheidungsverhalten von der paritätischen Mitbestimmung erfaßt.
Bei paritätischer Mitbestimmung wird der Vorstand aus dieser einseitigen Abhängigkeit befreit und dementsprechend wird sich auch das Bewußtsein leitender Angestellter ändern. Dennoch wird es grundsätzlich dabei bleiben, daß Anteilseignerinteressen und Interessen der leitenden Angestellten wegen der Wahrnehmung typischer Unternehmerfunktionen, wenn auch aus unterschiedlicher Motivation, mehr Gemeinsamkeiten aufweisen als typische Arbeitnehmerinteressen und Interessen der leitenden Angestellten.

Wenn es um berufliche Existenzfragen geht, gibt es auch bei den leitenden Angestellten sicherlich Bereiche, die ureigene Belange der Gesamtarbeitnehmerschaft berühren[2]. Hier wird ein gemeinsames Entscheidungsverhalten von Arbeitern, Angestellten und leitenden Angestellten zu erreichen sein. Andererseits kann gerade der beruf-

---

1 Siehe auch von Stosch, a.a.O., S. 179
2 von Stosch, a.a.O., Sozialpolitische Informationen, a.a.O., S 91

liche Aufstieg im herrschenden Unternehmen mit Beweggrund dafür sein, sich den Interessen des herrschenden Unternehmens im abhängigen aufgeschlossen zu zeigen.
Insgesamt läßt sich nur schwer entkräften, daß sich leitende Angestellte im Aufsichtsrat zumindest in einigen Fällen der Einflußnahmen nicht mit den übrigen Arbeitnehmervertretern solidarisieren, sofern es nicht gelungen ist, einen arbeitnehmerfreundlichen Kandidaten in den Aufsichtsrat zu entsenden. Von daher ist die Parität, wenn auch nicht vollkommen aufgehoben, so doch nur noch mit Einschränkungen vorhanden und eine Sonderstellung für leitende Angestellte auf Arbeitnehmerseite bedenklich. Löst man sie einerseits bei der Wahl und Wiederwahl völlig aus der übrigen Arbeitnehmerschaft heraus, beläßt ihnen aber andererseits den Sonderstatus auf Arbeitnehmerseite, kann zwar eine Pattsituation im Aufsichtsrat vermieden werden[1], von einer Parität kann man aber dann nicht mehr reden.
Damit soll keineswegs gesagt werden, daß deswegen eine eigenständige Vertretung der leitenden Angestellten im Aufsichtsrat unterbleiben muß. Im Vergleich zum Betriebsrat läßt sie sich damit rechtfertigen, daß es im Aufsichtsrat um unternehmenspolitische Entscheidungen geht, die über den einzelnen Betrieb hinausgehen und nicht nur typische Arbeitnehmerinteressen berühren. Zudem kann der Fachverstand und der große Informationsstand der leitenden Angestellten einen wesentlichen Entscheidungsbeitrag für das gesamte Unternehmen leisten.
Der eigenständige Faktor "Disposition" im Aufsichtsrat bedeutet aber nichts anderes als die Hereintragung typischer Vorstandsinteressen in den Aufsichtsrat[2], zumal leitende Angestellte in unmittelbarer Nähe des Vorstands stehen. Das widerspricht der Zuständigkeitsordnung in einer AG. Auf der anderen Seite muß berücksichtigt werden, daß leitende Angestellte fremdbestimmte Tätigkeit verrichten und somit Arbeitnehmer sind, denen ein Schutzbereich zuzubilligen ist, der bislang jedenfalls nicht

---

1 Dazu Ballerstedt, ZRP 74, S. 293; Buchner, ZfA 74, S. 106; Hoffmann, NJW 74, S. 1161 ff, 1165

2 So richtig Buchner, a.a.O., S. 158; siehe auch DGB, Zusammenfassende Stellungnahme, S. 22 und 26

durch ein aktives und passives Wahlrecht zum Betriebsrat gewährleistet ist.
Wenn man sie wohl auch nicht zur Betriebsratswahl wird zulassen können, wäre zu überlegen, ob der Gesetzgeber zumindest die bislang schon praktizierten Sprecherausschüsse zur eigenen Interessenwahrnehmung gesetztlich verankern sollte[1]. Den leitenden Angestellten ein Mitentscheidungsrecht bei unternehmerischen Entscheidungen im Sinne eines Minderheitenschutzes zu gewähren, begegnet aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht Bedenken. Solange sie weder dem Faktor Kapital noch dem Faktor Arbeit zugerechnet werden, könnte man allenfalls erwägen, sie als weitere fachkundige Mitglieder von Anteilseignern und Arbeitnehmern im Kooptationsverfahren hinzuzuwählen. Dennoch wird eine Sondervertretung der leitenden Angestellten im Aufsichtsrat aufgrund ihrer vorstandsnahen Funktion immer bedenklich sein, so daß eine Sonderstellung im Aufsichtsrat nicht zu befürworten ist, die leitenden Angestellten vielmehr betriebsfassungsrechtlich zu schützen sind oder es beim geltenden Betriebsverfassungsrecht bleiben sollte.
Die Vertretung der leitenden Angestellten nach dem MitbG 76 wirft mehr Probleme auf als sie löst. Denn es fragt sich, ob eine zahlenmäßig äußerst schwache Gruppe mit mindestens einem Sitz im Aufsichtsrat verhältnismäßig stark vertreten sein soll[2].

---

1 DGB, a.a.O., S. 26, der ein Beschwerderecht an den Aufsichtsrat befürwortet; die Bildung von Sprecherausschüssen wird für zulässig erachtet, ihre Kompetenzen allerdings richten sich bislang allein nach freiwilligen Zugeständnissen des Arbeitgebers, DAG BB 75, S. 925; siehe auch Der Spiegel vom 12.1.1976, S. 52 ff; die rechtliche Anerkennung von Sprecherausschüssen führt aber auch zu einer Spaltung der Arbeitnehmerschaft, gegen die sich die Gewerkschaft wehren

2 Leverkusener Kreis in Mayer/Reich, S. 184/185 zu § 15 Alternativvorschlag und Begründung, nach dem eine Vertretung der leitenden Angestellten dann nicht angebracht erscheint, wenn diese Gruppe weniger als 5-1o % der Belegschaft darstellt

Welchen Streit es zudem um den Begriff des leitenden Angestellten gibt, zeigen die vielen Rechtsstreitigkeiten[1] und das Bestreben der Gewerkschaften, den Kreis der leitenden Angestellten unter dem Einfluß des MitbG 76 weit zu fassen, um die Chance der Wahl eines arbeitnehmerfreundlichen leitenden Angestellten zu vergrößern, während das Interesse der Unternehmer in die entgegengesetzte Richtung geht[2].
Die eigenständige Vertretung der leitenden Angestellten im Aufsichtsrat droht wegen ihrer Nähe zum Vorstand, dem unmittelbaren Dienstvorgesetzten[3], die Parität zu durchlöchern und ist daher mit einer paritätischen Mitbestimmung unvereinbar.

ccc) Die außerbetrieblichen Arbeitnehmervertreter als Mitbestimmungsträger

Nach § 16 Abs. 2 MitbG 76 haben die im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften ein Vorschlagsrecht[4] für die Wahl der außerbetrieblichen Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat. Diesen Vertretern kann, auch wenn sie gegenüber den betrieblichen Arbeitnehmervertretern in der Minderzahl sind, im abhängigen Unternehmen auf das Entscheidungsverhalten der verschiedenen Gruppen auf Arbeitnehmerseite die Funktion einer Koordinationsstelle zukommen. So haben Feststellungen ergeben, daß die außerbetrieblichen Arbeitnehmervertreter auf betriebs- oder unternehmensegoistische Entscheidungen der unternehmensinternen korrigierend einwirken[5].
Wenn die außerbetrieblichen Arbeitnehmervertreter auch Vertreter der Belegschaft des abhängigen Unternehmens sind, so versuchen sie doch, wo es möglich ist, den betrieblichen Arbeitnehmervertretern verständlich zu machen, daß betriebs- oder unternehmensegoistisches Verhalten nachteilige Auswirkungen außerhalb des eigenen Unternehmens haben kann[6].

---

1 Der Spiegel, a.a.O., S. 52/53; Helmer, FAZ vom 5.12.1975, S. 16

2 Siehe auch Reich/Lewerenz, a.a.O., S. 261

3 Siehe Helmer, a.a.O.; Der Spiegel vom 11.3.1974, S. 27

4 Siehe auch RegE MitbG 74

5 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 34 unter 14.; Seidel, Das MitbGespräch 73, S. 176

6 Seidel, a.a.O., S. 177; DGB, Mitbestimmung-Eine Forderung unserer Zeit 71, S. 24

Die Einbeziehung unternehmensübergreifender und gesamtwirtschaftlicher Gesichtspunkte in die Entscheidung kann sich für die einheitliche Leitung des herrschenden Unternehmens im Rahmen der §§ 311 ff AktG nur günstig auswirken. Dies ist im Zusammenhang mit dem von den Gewerkschaften erhobenen Anspruch zu sehen, nicht nur Vertreter der sie wählenden Arbeitnehmer zu sein, sondern zugleich auch überbetriebliche Interessenvertreter aller gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmer und des Gemeinwohls [1].
Dieses den Gewerkschaften zugrundeliegende Verständnis deckt sich zum Teil mit der unternehmerischen Planung der Konzernspitze, die Interessen jedes einzelnen Konzernglieds außer acht zu lassen. Unter den beschriebenen Gesichtspunkten werden die außerbetrieblichen Arbeitnehmervertreter Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens überprüfen und versuchen, die unternehmensinternen Arbeitnehmervertreter von der Notwendigkeit der Koordination geschäftspolitischer Fragen zu überzeugen. Aber wohl auch nur dann, solange die Arbeitnehmer des abhängigen Unternehmens keine wesentlichen Interesseneinbußen erfahren.
Jedenfalls ist der korrigierende Einfluß der unternehmensexternen Arbeitnehmervertreter für die einheitliche Leitung nicht zu verkennen. Inwieweit die Aussage gerechtfertigt ist, daß einheitliche Leitung im Rahmen der §§ 311 ff AktG bei paritätischer Mitbestimmung nur mit Hilfe der Gewerkschaften möglich ist [2], mag dahinstehen. Dabei dürfte der Einfluß der außerbetrieblichen Arbeitnehmervertreter auf die unternehmensinternen aber wohl aus Gründen eines stärkeren Verantwortungsbewußtseins der unternehmensinternen Vertreter als überschätzt angesehen werden.
Für die Ausübung umfassender einheitlicher Leitung werden die Gewerkschaftsvertreter insoweit aber auf jeden Fall zu einem wichtigen Bindeglied [3].

dddd) Die sogenannte Fraktionsbildung

In der Montanindustrie ist beobachtet worden, daß die Arbeitnehmervertreter bei Entscheidungen im Aufsichtsrat geschlossen abstim-

1 Seidel, a.a.O.; DGB, Zusammenfassende Stellungnahme, S. 13

2 Biedenkopf, Festschrift L. Raiser 74, S. 352

3 Biedenkopf, a.a.O., S. 352, nach dem sich diese Beobachtung in der Montanindustrie machen läßt

men[1]. Schon vor der Aufsichtsratssitzung haben sie sich häufig in Vorbesprechungen eine gefestigte Meinung über anstehende Entscheidungspunkte im Aufsichtsrat gebildet[2]. Unterschiedliche Auffassungen werden bereits vor der Aufsichtsratssitzung intern ausdiskutiert und beigelegt.
Im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens wird sich bei Parität nicht nur auf Arbeitnehmerseite (sieht man von einer Sonderstellung der leitenden Angestellten ab) eine derartige Fraktionsbildung vollziehen, sondern auch auf Anteilseignerseite, da in aller Regel hier nur Angehörige des herrschenden Unternehmens sitzen. Diese Blockbildung könnte vermuten lassen, daß der Eintritt eines Patts und damit der Ausschluß einheitlicher Leitung weit größer ist, als wenn sich jeder Arbeitnehmervertreter selbständig Gedanken über Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens macht und aufgrund eigenen Urteils entscheidet[3].
Solange man die eigenständige Vertretung der leitenden Angestellten auf Arbeitnehmerseite zuläßt und den übrigen Arbeitnehmervertretern keine Mittel zur Verfügung stehen, die leitenden Angestellten auf eine Vertretung der Interessen der Gesamtarbeitnehmerschaft festzulegen, besteht allerdings die Gefahr, daß die Fraktion auf Arbeitnehmerseite gesprengt wird[4]. Selbst aber dort, wo keine eigenständige Vertretung der leitenden Angestellten vorgesehen ist (z.B. in der Montanindustrie), sind trotz Fraktionsbildung völlig konträre Haltungen der Arbeitnehmer- und Anteilseignerseite die seltene Ausnahme, ja viele Beschlüsse werden sogar einstimmig gefaßt[5]. Eine derartige Entwicklung steht allerdings mit unter dem Einfluß der Anwesenheit des neutralen Mannes im Aufsichtsrat, der Arbeitnehmer- und Anteilseignerver-

---

1 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 37 unter 24.
2 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 36 unter 20.
3 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 38 unter 24.
4 Siehe dazu Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 37/38
5 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 36 unter 19.; DGB, Zusammenfassende Stellungnahme, S. 9

treter, wollen sie zumindest teilweise ihre Interessen verwirklichen, zu einer erhöhten Kompromißbereitschaft zwingt.
Aber auch ohne einen neutralen Mann im Aufsichtsrat wird die Fraktionsbildung auf Arbeitnehmerseite im abhängigen Unternehmen eher positive als negative Auswirkungen für die einheitliche Leitung haben. Die außerbetrieblichen Arbeitnehmervertreter könnten es kaum wagen, unternehmenspolitischen Maßnahmen des herrschenden Unternehmens gegen den (betriebsegoistischen) Willen der übrigen Arbeitnehmervertreter zuzustimmen, ohne intensive Gespräche mit den übrigen Arbeitnehmervertretern geführt zu haben, wollen sie nicht ihre Glaubwürdigkeit und das in sie gesetzte Vertrauen verlieren. Vorgespräche sind deshalb erforderlich. Ohne sie ist es kaum denkbar, daß die unternehmensexternen Arbeitnehmervertreter korrigierend auf unternehmensegoistische Verhaltensweisen einwirken können. Nur im gegenseitigen Austausch der Ansichten und dem Abwägen aller Umstände lassen sich betriebliche Arbeitnehmervertreter von der Notwendigkeit einheitlicher Leitung unter Heranziehung unternehmensübergreifender Gesichtspunkte überzeugen.
Die Fraktionsbildung darf nicht als solche gesehen werden, sondern in erster Linie der interne Willensbildungsprozeß, der sich letztlich in der Fraktion vollzieht, obwohl man auch nicht davon ausgehen darf, daß den außerbetrieblichen Arbeitnehmervertretern ein autoritärer Einfluß auf die innerbetrieblichen zukommt. Auf die Selbständigkeit ihres Urteils werden auch die betrieblichen Arbeitnehmervertreter zunächst einmal Wert legen[1].
Es ist zudem anzunehmen, daß wegen der grundsätzlich verschiedenen Interessen der Vertreter des herrschenden Unternehmens und der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens eine Art Arbeitsaufteilung in dem Sinn stattfindet, daß schwerpunktmäßig in den unternehmerischen Bereichen, die für das herrschende Unternehmen zur Ausübung einheitlicher Leitung weniger gewichtig sind, den Arbeitnehmervertretern kein Widerstand ent-

---

1 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 37 unter 22

gegengesetzt wird und umgekehrt[1]. Natürlich bleiben dann immer noch genügend Bereiche, bei denen echte Interessengegensätze aufeinanderprallen und die Fraktionsbildung auf die einheitliche Leitung einwirkt.
Insgesamt gesehen könnte sich die Fraktionsbildung im Zusammenhang damit, daß die außerbetrieblichen Arbeitnehmer auf betriebs- oder unternehmensegoistische Entscheidungen der unternehmensinternen korrigierend einwirken[2], günstig auf die konzerneinheitliche Leitung auswirken.

d) Aktienrechtliche Möglichkeiten der Vereinfachung konzerneinheitlicher Leitung

aa) Einfluß der §§ 111 Abs. 4 Satz 3 und 4, 119 Abs. 2 AktG

Diese Vorschriften bieten bei paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung theoretisch die Möglichkeit, einheitliche Konzernpolitik im Rahmen der §§ 311 ff AktG durchzusetzen, wenn das herrschende Unternehmen über die Mehrheitsbeteiligung in der Hauptversammlung des abhängigen Unternehmens verfügt. Bei paritätischer Mitbestimmung ist es jedoch wenig wahrscheinlich, daß der Vorstand aus eigener Initiative von dem Recht, die Hauptversammlung anzurufen, Gebrauch macht. Vielmehr wird er sich bei Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens aus dem Konflikt zwischen herrschendem Unternehmen und den Arbeitnehmervertretern im abhängigen weitgehend heraushalten oder lediglich die Arbeitnehmervertreter zu überzeugen versuchen, daß die Durchführung der Maßnahme im Interesse des Unternehmens notwendig ist[3].

bb) Zustimmungspflichtigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen (§ 111 Abs. 4 Satz 2 AktG)

Das herrschende Unternehmen könnte versuchen, den Kreis zustimmungspflichtiger Geschäfte durch Satzung oder Aufsichtsratsbeschluß möglichst klein zu halten[4], um auf diese Weise

1 Brinkmann-Herz, S. 112

2 Siehe S. 153 f

3 Raiser, Festschrift L. Raiser 74, S. 368, der nicht ausschließt, daß § 111 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG den Vorstand verführen könnte, die Hauptversammlung bei langfristigem Kampf mit der Arbeitnehmerbank anzurufen
Zum Ganzen bereits S. 91 ff

4 Dazu Reich / Lewerenz, a.a.O., S. 272

konzernleitende Maßnahmen dem Einfluß der Arbeitnehmervertreter der Untergesellschaft zu entziehen. Damit muß jedoch für die einheitliche Konzernleitung noch nichts gewonnen sein. Das herrschende Unternehmen braucht sich bei seinen Einflußnahmen dann zwar nur noch mit dem Vorstand des abhängigen Unternehmens auseinanderzusetzen, aber dieser Vorstand ist vom paritätisch besetzten Aufsichtsrat gewählt und nicht weisungsgebunden. Der Vorstand hat allerdings das langfristige Unternehmenswohl im Vergleich zum mehr kurzfristigen Interesse der Arbeitnehmervertreter im Auge und ist sich klar darüber, daß er sich im Interesse einer wirtschaftlichen Unternehmensführung zum Großteil mit auf die Mehrheitsbeteiligung des herrschenden Unternehmens stützen muß. In Einzelfällen ist deshalb damit zu rechnen, daß der Vorstand des abhängigen Unternehmens eher als die Arbeitnehmervertreter geneigt sein wird, dem Einfluß des herrschenden Unternehmens stattzugeben. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Ausschaltung des Arbeitnehmereinflusses dadurch, daß der Kreis zustimmungspflichtiger Geschäfte eingeschränkt wird, für die konzerneinheitliche Leitung als vorteilhaft zu bezeichnen.

Es ist aber nicht zu übersehen, daß dem Vorstand eines Unternehmens, an dem ein anderes nur mit Mehrheit beteiligt ist, ein erheblicher Machtzuwachs zufällt, wenn der Kreis zustimmungspflichtiger Geschäfte ganz oder doch stark eingeschränkt wird[1]. Der Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens verliert dadurch seine Möglichkeit, auf unternehmerische Entscheidungen Einfluß zu nehmen. Infolge der Weisungsungebundenheit des Vorstands haben dann weder das herrschende Unternehmen noch die Arbeitnehmervertreter ein direktes Mittel, diesem Machtzuwachs entgegenzuwirken. Ob sich das herrschende Unternehmen ein Vorgehen wird erlauben können, durch das dem Vorstand eine große Selbständigkeit eingeräumt wird, um sich über diesen Weg eine größere Möglichkeit zu verschaffen,

---

1 Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 35; siehe auch Raiser, Festschrift L. Raiser 74, S. 375; diesen Machtzuwachs verkennt allerdings Hölters, BB 75, S. 798/799

konzerneinheitliche Leitung auszuüben, wird davon abhängen, auf welche Weise der Vorstand diese Selbständigkeit nutzt. Für das herrschende Unternehmen besteht jedenfalls die Gefahr, daß der Vorstand eine weitgehend eigenständige Unternehmenspolitik betreiben kann und sich dem Einfluß des herrschenden Unternehmens und der Arbeitnehmervertreter entzieht.
Mittelbar besteht allerdings über die Bestellung und Wiederbestellung immer noch eine Abhängigkeit des Vorstands vom herrschenden Unternehmen und den Arbeitnehmervertretern. Es ist deshalb auch nicht auszuschließen, daß diese Abhängigkeit den Vorstand psychologisch daran hindert, seine Entscheidungsfreiheit dazu zu benutzen, sowohl die Arbeitnehmervertreter als auch die Vertreter des herrschenden Unternehmens mehr oder weniger stark auszuschalten. Im Endergebnis könnte der Fall eintreten, daß der Vorstand bei wichtigen konzernleitenden Maßnahmen trotz Einschränkung der zustimmungspflichtigen Geschäfte solange nichts unternimmt, bis er sich mit den Arbeitnehmervertretern über die konzernleitende Maßnahme des herrschenden Unternehmens abgesprochen hat. Die Einschränkung zustimmungspflichtiger Geschäfte, um die Ausübung konzerneinheitlicher Leitung zu erweitern, würde sich auf diese Weise als nutzlos erweisen.
Aber auch aus einem anderen Grund bleibt die Einschränkung zustimmungspflichtiger Geschäfte zweifelhaft. Die Arbeitnehmervertreter sind sich dessen bewußt, daß die wirtschaftliche Selbständigkeit ihres Unternehmens im Rahmen der §§ 311 ff AktG im Ergebnis erhalten bleiben muß. Dementsprechend dürften sie hier wie im konzernfreien Unternehmen oder auch in der Spitze eines Vertrags- und Eingliederungskonzern ein weitgehendes Mitspracherecht bei allen wichtigen unternehmerischen Entscheidungen beanspruchen. Eine Beschneidung des Mitbestimmungsrechts dadurch, daß die zustimmungspflichtigen Geschäfte stark eingeschränkt werden, dürfte zu erheblichen Spannungen im Aufsichtsrat führen.

Für die konzerneinheitliche Leitung dürfte deshalb eine Einschränkung der zustimmungspflichtigen Geschäfte ein wenig geeignetes Mittel sein.

e) Bestehen einer effektiven Konzernführung aufgrund der getroffenen Feststellungen

Eines muß man sich bei der Organisation sogenannter faktischer Konzerne von Anfang an verdeutlichen: so einfach wie unter der Mitbestimmung nach dem BetrVG oder dem MitbG 76 werden faktische Konzerne nur mit einer Mehrheitsbeteiligung nicht mehr zu errichten sein. Aus eigener Machtvollkommenheit läßt sich die autoritäre unternehmerische Planungshoheit des herrschenden Unternehmens im Sinne einer allumfassenden einheitlichen Leitung nicht realisieren, ihre Zulässigkeit im Rahmen der §§ 311 ff AktG im übrigen vorausgesetzt.

Mit den aktienrechtlichen Mitteln der §§ 111 Abs. 4 Satz 3 und 4, 119 Abs. 2 AktG läßt sich die Unternehmenspolitik des abhängigen Unternehmens nicht steuern. Auch die Einschränkung der zustimmungsbedürftigen Geschäfte wird, wenn überhaupt, nur in begrenztem Umfang positive Auswirkungen zeigen. Dabei muß sich das herrschende Unternehmen allerdings sehr genau überlegen, ob es die damit verbundenen Folgen verantworten kann.

Trotzdem ist nicht einzusehen, weshalb die paritätische Mitbestimmung im abhängigen Unternehmen eine marktgerechte und konkurrenzfähige, wirksame Konzernführung in den Grenzen der §§ 311 ff AktG oder sogar darüber unzulässigerweise hinausgehend schwerwiegend behindert oder gar ausschließt[1].
Der Fehler der entgegengesetzten Betrachtungsweise liegt darin, daß nur auf die Blockierung konzernleitender Maßnahmen im Aufsichtsrat und den Verlust der Vorstandspersonalhoheit abgestellt wird, anstatt zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen eine

---

1 So aber Hoffmann, Handelsblatt vom 18.11.1974, S 2; Bayer, DB 75, S. 1172

Blockierung tatsächlich zu erwarten ist. Als Ausgangspunkt der Erörterung darf keinesfalls die einheitliche Leitungsintensität des herrschenden Unternehmens genommen werden, wie sie in der Praxis unter der BetrVG-Mitbestimmung vielfach wie im Vertrags- und Eingliederungskonzern besteht und ausgeübt wird[1].
Weisen Vorstand und Arbeitnehmervertreter Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens zurück, weil sie dem Schutzzweck der §§ 311 ff AktG zuwiderlaufen[2], kann nicht von einer Blockierung einheitlicher Leitung gesprochen werden, wenn Vorstand und Arbeitnehmervertreter den vom Gesetz gewollten Zustand aufrechterhalten.
Von Arbeitnehmerseite und Vorstand ist gegenüber einer einheitlichen Leitung keinerlei Widerstand zu erwarten, wenn ihr Unternehmen dadurch im Unternehmensverbund eine gefestigte Stellung erhält. Angesichts der weltweiten wirtschaftlichen Unternehmensverflechtung werden auch die Arbeitnehmervertreter erkannt haben, daß die Existenzfähigkeit eines Unternehmens besonders dann gesichert ist, wenn es sich in einem arbeitsteilig organisierten Unternehmensverbund befindet. Wirtschaftlichen Notwendigkeiten werden auch sie sich nicht verschließen. Die sonstigen, mit einem Konzern für Arbeitnehmer verbundenen Vorteile werden ihr übriges tun[3].

---

1 Siehe Bayer, a.a.O., S. 1172: "Die Unterschiede in der Ausübung der Konzernleitungsmacht zwischen Vertragskonzern und faktischem Konzern sind oft wesentlich geringer, als man nach der rechtlichen Konstruktion der beiden Konzerntypen anzunehmen geneigt ist."; Biedenkopf, Festschrift L. Raiser 74, S. 346: "Es hat sich als wenig realistisch erwiesen, vom Vorstand eines beherrschten Unternehmens zu erwarten, daß er zwischen der unternehmensstrategischen Konzeption der herrschenden Gesellschaft und den spezifischen Interessen des eigenen Unternehmens ausreichend klar unterscheidet; siehe auch ders., S. 351; Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 80 unter 62.

2 Zu dem Arbeitnehmervertreterverhalten auch Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 80 unter 62.

3 Siehe dazu im einzelnen S. 26/27

Bei paritätischer Mitbestimmung im rechtlich abhängigen Unternehmen dürfte ein "faktischer" Konzern im herkömmlichen Sinne, in dem die Obergesellschaft aus eigener Machtvollkommenheit die Geschäftsführung des abhängigen Unternehmens an sich ziehen kann, nicht mehr vorliegen. Umfassende einheitliche Leitung läßt sich bei alleiniger Mehrheitsbeteiligung bzw. durch eine sich konzerngetreu verhaltende personelle Übermacht des herrschenden Unternehmens im abhängigen nicht durchführen. Wenn die umfassende einheitliche Leitung von den Organen des abhängigen Unternehmens anerkannt wird, ändert dies den bisherigen Charakter des Unternehmensverbundes, der bislang jedenfalls auf einem strikten Unterordnungsverhältnis beruht. Nunmehr ist das herrschende Unternehmen bei Ausübung der einheitlichen Leitung mit auf die Kooperationsbereitschaftdes Vorstands und der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des abhängigen angewiesen. Diese neue Form der unternehmerischen Zusammenarbeit entspricht, was die dem herrschenden Unternehmen unterstellte Leitung anbetrifft, zum Teil dem Gleichordnungskonzern iS von § 18 Abs. 2 AktG[1]. Ein Gleichordnungskonzern kann (nach der hier vertretenen Auffassung) aber schon deshalb nicht vorliegen, weil das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen weiterhin abhängig iS von § 17 Abs. 2 AktG ist[2].

Allenfalls könnte man die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts iS von § 705 BGB auffassen[3]. Dabei bleibt aber zu berücksichtigen, daß die Mehrheitsbeteiligung immer noch als Beherrschungsmittel wirkt, somit auch die einheitliche Leitung beeinflußt[4] und das mehrheitlich beteiligte Unternehmen die stärkste Position in diesem Unternehmensverbund einnimmt. Trotzdem ist im Rahmen des durch die Parität andersartig strukturierten "faktischen" Konzerns eine einheitliche Leitung und vernünftige, allen Interessen gerecht werdende unternehmerische Zusammenarbeit durchführbar.

---

1 Zu der Frage der einheitlichen Leitungsausübung durch eines der beteiligten Unternehmen im Gleichordnungskonzern Würdinger in Großkomm. AktG, § 18 Anm. 13

2 Siehe S. 130

3 Dazu insbesondere Harms, Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 147 ff und 275; Duden, Festschrift Ballerstedt 75, S. 41/42

4 Ablehnend zur BGB-Gesellschaft auch Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 78

Handelt es sich um konzernleitende Maßnahmen, die ureigene Belange der Arbeitnehmer berühren (z.B. Betriebsstillegung), wird man auch von ihnen erwarten können, daß sie sich bei wirtschaftlicher Notwendigkeit grundsätzlich nicht dagegen aussprechen werden[1]. Natürlich werden sie darauf bedacht sein, daß soziale Sicherungen berücksichtigt werden. Das ist ihr gutes Recht, zumal auch die Arbeitnehmer mit Einführung paritätischer Mitbestimmung neben den Minderheitsaktionären und Gläubigern eines gleichberechtigten Schutzes bedürfen.

Wenn die Interessen der Arbeitnehmer schon unter der BetrVG-Mitbestimmung nicht gefährdet sind[2] und dementsprechend bereits soziale Sicherungen bei der Durchsetzung konzernleitender Maßnahmen gewährt werden, besteht kein Anhalt dafür, daß sich die Arbeitnehmervertreter des abhängigen Unternehmens bei paritätischer Mitbestimmung der Durchsetzung widersetzen würden oder nunmehr der Ausgleich sozialer Nachteile und Härten die konzerneinheitliche Leitung erschweren würde[3].

Viele Unternehmen sind wirtschaftlich schon so verflochten, daß ein Ausbrechen aus dem "faktischen" Konzernverbund ein in den Folgen unübersehbarer Schritt ins wirtschaftlich Ungewisse wäre. Es ist zwar richtig, daß die Arbeitnehmervertreter konzernleitenden Maßnahmen kritischer gegenüberstehen werden. Die Parität im abhängigen Unternehmen erfordert deshalb auch ein Umdenken im herrschenden Unternehmen. Parität im abhängigen Unternehmen bedeutet letztlich aber auch die gegenseitige Anerkennung der Interessen von herrschendem und Arbeitnehmervertretern im abhängigen Unternehmen. Geschieht das, ist konzernheitliche Leitung mit Anpassung an die Parität durchführbar, weil man den Arbeitnehmervertretern auch so viel Verantwortungsbewußtsein und Einsicht zubilligen muß, daß sie bei konzernleitenden Maßnahmen keine übertriebenen fremden Sonderinteressen im Aufsichtsrat des abhängigen Un-

1 DGB, Mitbestimmung-Eine Forderung unserer Zeit 71, S. 31
2 Hoffmann, BB 74, S. 1278
3 Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 39/40

ternehmens vertreten. Von einem durch die Parität entstandenen "Rumpfkonzern", der keine effektive Konzernführung und kein kooperatives Zusammenwirken mehr gewährleistet, kann nicht die Rede sein.
Die paritätische Mitbestimmung im abhängigen Unternehmen erfordert zwangsläufig einen engeren Kontakt zwischen Vorstand des herrschenden und Arbeitnehmervertretern des abhängigen Unternehmens, schon bevor konzernleitende Maßnahmen ergriffen werden. Dieser Kontakt läßt sich in erster Linie im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens herstellen. Ist der Vorstand des herrschenden Unternehmens dazu bereit, werden die Entscheidungen der Arbeitnehmervertreter über konzernleitende Maßnahmen vorhersehbar und das abhängige Unternehmen läßt sich auch langfristig gesehen in die Konzernpolitik einordnen.

VII) Auswirkungen mehrstufiger paritätischer Mitbestimmung auf Konzernkonzentrationsprozesse

1) Der "faktische" Konzern

a) Ausweichmöglichkeit in den Vertragskonzern

Wenn sich das herrschende Unternehmen mit dem Umfang der einheitlichen Leitung infolge mehrstufiger paritätischer Mitbestimmung nicht zufrieden geben will oder ihm die Durchsetzung konzerneinheitlicher Leitung von Anfang an zu ungewiß erscheint, kann es immer noch durch Abschluß eines Beherrschungsvertrages auf den Vertragskonzern ausweichen.
Wer umfassend einheitliche Leitung ausüben will, darf sich nicht auf die Erhaltung der faktischen Konzernstruktur, wie sie die BetrVG-Mitbestimmung unter teilweiser Umgehung des Schutzzwecks der §§ 311 ff AktG weitgehend ermöglicht, berufen, sondern muß sich auf den Vertragskonzern mit seinen Folgeverpflichtungen verweisen lassen. Zwar setzt der Abschluß eines Beherrschungsvertrages gemäß § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG in der Hauptversammlung des abhängigen Unternehmens eine qualifizierte Mehrheit voraus.

Geht man jedoch davon aus, daß die Präsenz in den Hauptversammlungen meist nur zwischen 70 und 80 % liegt[1] und der Mehrheitsaktionär sich in aller Regel auf die Unterstützung der Banken mit ihrem Depotstimmrecht verlassen kann[2], dürften meist keine großen Schwierigkeiten bestehen, die erforderliche Dreiviertelmehrheit des vertretenen Grundkapitals zusammenzubringen[3]. Ist das herrschende Unternehmen nicht bereit oder in der Lage, die mit dem Abschluß eines Beherrschungsvertrages verbundenen finanziellen Belastungen zu tragen, muß es sich eben im Rahmen der §§ 311 ff AktG bisweilen mit Vorstand und Arbeitnehmervertretern auseinandersetzen, mit denen (wie dargelegt) grundsätzlich eine Übereinstimmung zu erreichen ist.
Die Pflichten, die das herrschende Unternehmen aufgrund eines Beherrschungsvertrages treffen, sind der unverzichtbare Preis dafür, umfassende Leitungsmacht ausüben zu dürfen.
Den Abschluß eines Beherrschungsvertrages beschließt die Hauptversammlung. Ist man dagegen der Ansicht, daß der Abschluß eines Beherrschungsvertrages in die freie Entscheidung des Vorstands als geschäftsführendem Organ fällt, ist die Zustimmung der Hauptversammlung lediglich eine Wirksamkeitsvoraussetzung[4]. Das könnte bei paritätischer Mitbestimmung im abhängigen Unternehmen bedeuten, daß sich der Vorstand wegen fehlender einseitiger Abhängigkeit vom herrschenden mehr auf seine Unabhängigkeit und die wirtschaftliche Selbständigkeit seines Unternehmens beruft, zumal wenn er sich wegen des Verlustes des Mitbestimmungsbesitzstandes mit den Arbeitnehmervertretern in Übereinstimmung befindet.
Gemäß § 83 Abs. 1 Satz 1 AktG ist der Vorstand aber auf Verlangen der Hauptversammlung verpflichtet, Maßnahmen, die in die Zuständigkeit der Hauptversammlung fallen, vorzubereiten. Satz 2 bestimmt, daß das gleiche für die Vorbereitung und den Abschluß von Verträgen

---

1 Siehe S. 13 Fußn. 4

2 Großfeld, S. 19, Emmerich/Sonnenschein, S. 29

2 Siehe dazu Hoffmann, BB 74, S. 1280; Bayer, DB 75, S. 1172

4 So Meulenbergh, S. 112/113 und auch Godin/Wilhelmi in der 3. Auflage, § 83 Anm. 4

gilt, die nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam werden. Das Wort "gleiche" des Satzes 2 bezieht sich nicht auf das Wort "Vorbereitung" des Satzes 1 [1], sondern auf die dort erwähnte Verpflichtung. Der insoweit recht eindeutige Wortlaut des Gesetzes stellt somit klar, daß der paritätisch gewählte Vorstand verpflichtet ist, den Beherrschungsvertrag abzuschließen, wenn die Zustimmung der Hauptversammlung vorliegt, auch wenn der Abschluß nicht dem Willen des Vorstands entspricht[2]. Von daher gesehen sind für den Abschluß eines Beherrschungsvertrages von der paritätischen Mitbestimmung keine Schwierigkeiten zu erwarten.

b) Ausweichen auf Unternehmensverträge iS von § 292 AktG

Bei den Unternehmensverträgen iS von § 292 Abs. 1 AktG handelt es sich um schuldrechtliche Verträge mit Austausch von Leistung und Gegenleistung[3]. Über derartige Verträge hat allein die Hauptversammlung mit einer Dreiviertelmehrheit des vertretenen Grundkapitals zu beschließen (§ 293 Abs. 1 Satz 2 AktG). Von besonderem Interesse sind hier die Unternehmensverträge iS von § 292 Abs. 1 Ziff. 3 AktG, und zwar der Betriebspachtvertrag und der Betriebsüberlassungsvertrag mit ihren atypischen Gestaltungsformen[4]. Diesen Unternehmensverträgen ist gemeinsam, daß es eine Gesellschaft einer anderen gegen eine entsprechende Gegenleistung überläßt, ihr Unternehmen zu betreiben[5]. Der Austauschcharakter dieser Verträge hat den Gesetzgeber veranlaßt, von besonderen Sicherungen für Minderheitsaktionäre und Gläubiger abzusehen[6]. Vielfach kommen diese Unternehmensverträge zwischen abhängigen und herrschenden Unternehmen zustande[7].

---

1 So aber Meulenbergh, S. 112

2 So Godin/Wilhelmi, § 83 Anm. 4 unter Aufgabe der gegenteiligen Auffassung in der 3. Auflage; Meyer-Landrut in Großkomm. AktG, § 83 Anm. 3; Baumbach/Hueck, § 83 Rdnr. 4

3 Begr. RegE zu § 292 bei Kropff, S. 378

4 Zu den atypischen Gestaltungsformen Emmerich/Sonnenschein, S. 96 und 100

5 Würdinger in Großkomm. AktG, § 292 Anm. 17

6 Begr. RegE zu § 292 bei Kropff, S. 379; Ausnahme § 302 Abs. 2 AktG

7 Emmerich/Sonnenschein, S. 95

Es fragt sich deshalb, inwieweit mit derartigen Verträgen eine Konzernverbindung zu erstellen ist. Immerhin könnte sich das herrschende Unternehmen in solchen Verträgen Rechte einräumen lassen, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertragszweck stehen, sondern darauf gerichtet sind, die wirtschaftliche Selbständigkeit des abhängigen Unternehmens aufzuheben und es in den Konzern einzugliedern. Auf diese Weise könnten solche Verträge eine ebenso effektive Konzernführung herbeiführen, wie es ein Beherrschungsvertrag ermöglicht[1].
Daß dies nicht im Sinne des Gesetzes liegt, folgt daraus, daß es nur den Beherrschungsvertrag (und die Eingliederung) unter entsprechenden Verpflichtungen mit einer umfassenden Leitungsmacht ausgestattet hat. Wenn man derartige "verschleierte" Beherrschungsverträge nicht schon als nichtig ansieht[2], wird man zumindest die §§ 311 ff AktG zum Schutz der Gläubiger und Minderheitsaktionäre anwenden müssen[3].
Die §§ 311 ff AktG müssen immer dann angewandt werden, wenn sich die Einflußnahme des herrschenden Unternehmens außerhalb des zulässigen Vertragszwecks bewegt und die abhängige Gesellschaft schädigt. Die Kontrolle darüber muß man dem Vorstand und dem Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens zubilligen[4].
Ein Ausweichen auf Unternehmensverträge iS von § 292 Abs. 1 Ziff.3 AktG ist also auch bei paritätischer Mitbestimmung kein Mittel, kon-

---

1 Mestmäcker, Festgabe Kronstein 67, S. 148; Zöllner, JuS 68, S. 297 ff, 302; Emmerich/Sonnenschein, S. 97

2 So Luchterhandt, Deutsches Konzernrecht, S. 169

3 Emmerich/Sonnenschein, S. 99; Biedenkopf/Koppensteiner KK-§ 292 Rdnr. 27; a.A. Mestmäcker, a.a.O., S. 150, der für eine Anwendung der Regeln der §§ 291 ff AktG plädiert

4 Siehe dazu Damm, BB 76, S. 294 ff. 297, der Schwierigkeiten darin sieht, derartige Verträge mit der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung in Einklang zu bringen

zerneinheitliche Leitung unter Umgehung der §§ 291 ff, 311 ff AktG und der paritätischen Mitbestimmung auszuüben.

2) Der Vertrags- und Eingliederungskonzern

Für Konzentrationsprozesse werden Vertrags- und Eingliederungskonzern auch bei paritätischer Mitbestimmung auf mehreren Unternehmensstufen geeignete Institutionen sein. Im Vergleich zum paritätisch mitbestimmten, unverbundenen Unternehmen werden sich im Konzern keine ins Gewicht fallenden Leitungsschwierigkeiten ergeben. Selbst dann nicht, wenn das herrschende Unternehmen die ihm zur Verfügung stehenden rechtlichen Mittel nicht voll ausschöpft. Denn einmal wird die Willensbildung in bezug auf Maßnahmen im abhängigen Unternehmen in erster Linie in der Obergesellschaft stattfinden. Zum anderen werden sich die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens, wenn soziale Interessen berücksichtigt werden, konzerngetreu verhalten und die Konzernleitungsmacht des herrschenden Unternehmens anerkennen. Gegenteilige Anhaltspunkte sind jedenfalls derzeit nicht ersichtlich. Deshalb ist auch keine verstärkte Fusionswelle zu erwarten.

3) Der zentralisierte und dezentralisierte Konzern

Es gibt straff zentralistisch organisierte Konzerne. Nahezu sämtliche Aufgaben werden dann von der Konzernleitung wahrgenommen. Der Vorstand abhängiger Unternehmen wird zum Ausführungsorgan. Dagegen bleibt dem Vorstand abhängiger Unternehmen bei dezentralisierten Konzernen eine weitgehende Selbständigkeit. Nur die besonders wichtigen Entscheidungen werden von der Konzernspitze aus getroffen.
In der Praxis ist eine gewisse Dezentralisierungstendenz zu beobachten. Bei einer Vielzahl von Konzerngesellschaften lassen sich nicht alle Vorgänge der Untergesellschaften von der Konzernspitze steuern, will man eine Wasserkopfbildung und schwerfällige Entscheidungen

im Konzern vermeiden[1] [2]. Eine dezentrale Lenkung läßt die Arbeitnehmer den Entscheidungen des Vorstands ihres Unternehmens näher stehen, als wenn sie von der Konzernspitze aus getroffen werden. Ebenso kann der Kontakt zwischen Arbeitnehmervertretern und ihrem Vorstand intensiver gestaltet und die Vorstellungen der Arbeitnehmerseite bei Entscheidungen des Tochter-Vorstands eher berücksichtigt werden. Dieses enge Verhältnis wirkt sich auf die Zusammenarbeit zwischen Vorstand und Arbeitnehmervertretern psychologisch positiv aus.
Bei mehrstufiger paritätischer Mitbestimmung könnte allerdings die Entwicklung eintreten, daß die abhängigen Unternehmen so zentralistisch wie nur wirtschaftlich vertretbar geführt werden.

Wenn auch eine stärkere Zentralisierung nicht auszuschließen ist, ist nicht damit zu rechnen, daß eine völlig zentral gesteuerte Lenkung von der Konzernspitze aus durchgeführt wird und überhand nimmt. So läßt sich beispielsweise ein Horizontalkonzern eher zentralistisch lenken als ein Vertikal- oder Diagonalkonzern[3].

Gegen eine zentrale Konzernstruktur spricht einmal, daß sie praktisch kaum durchführbar ist, zum andern den Konzernvorstand überfordert und ihn unbeweglich macht. Weiterhin hat man gerade in den letzten Jahren die Erfahrung gemacht, daß sich eine Dezentralisierung der Entscheidungen auf die Arbeitseinstellung und damit auf die Unternehmensführung günstig ausgewirkt hat[4]. Dabei spielt die Tatsache eine Rolle, daß die Arbeitnehmer Entscheidungen um so aufgeschlossener gegenüberstehen, je näher sie zu dem Entscheidungsträger

---

1 Zu den Vor- und Nachteilen Arbeitskreis Krähe, S. 47 - 53

2 Siehe Pausenberger, S. 119; Krämer, Festschrift Rieger 63, S. 261; Dülfer, S. 225; Kunze, Deutscher Juristentag 57, Diskussion, F 66 ff, F 69

3 Siehe S. 9

4 So insbesondere für die amerikanischen Konzerne Pausenberger, S. 120; Hax, Festschrift Westdeutscher Verlag 67, S. 283 ff, 294

stehen und/oder an denen ihre Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat entscheidend mitgewirkt haben. Werden aber bei mehrstufiger paritätischer Mitbestimmung im Konzern nahezu alle Entscheidungen in der Obergesellschaft getroffen, ist der Entscheidungsträger fern. Die Beschäftigten des abhängigen Unternehmens betrachten diese Entscheidungen als fremde Entscheidungen und als einen Eingriff von außen. So kann das Interesse der Arbeitnehmer für ihr Unternehmen nicht zu einem wirtschaftlichen Erfolgsbeitrag im Konzern ausgenützt werden[1]. Schon deshalb ist es weiterhin angebracht, trotz mehrstufiger Parität eine dezentralisierte Konzernstruktur beizubehalten. Nur so kann an das Verantwortungsbewußtsein des abhängigen Unternehmens und dessen Arbeitnehmer appelliert werden, das auf die Produktion und das Verhalten der Arbeitnehmer gegenüber konzernleitenden Maßnahmen spürbaren Einfluß hat.

Das herrschende Unternehmen und die Belegschaft des abhängigen sind gemeinsam an dessen erfolgreicher Tätigkeit interessiert. Beim Konzernvorstand ist aus Gründen eines Standesbewußtseins eine gewisse psychologische Hemmung vorhanden, den Vorstand des abhängigen Unternehmens zum bloßen Vollzugsorgan zu machen[2].

Bei mehrstufiger Parität sprechen auch diese Gesichtspunkte gegen zu starke Zentralisierungstendenzen. Eine zentralistische Konzernführung bietet sich zudem nur im Vertrags- und Eingliederungskonzern an. Ein straff zentralistisch organisierter "faktischer" Konzern ist bei mehrstufiger Parität allein aufgrund der Mehrheitsbeteiligung nicht zu errichten.

VIII) Notwendigkeit von gesetzlichen Änderungen in aktien- (konzern-) rechtlicher und mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht

1) Aktienrechtliche Änderungen bei Beibehaltung mehrstufiger Parität

a) Ersatz zustimmungspflichtiger Geschäfte durch Widerspruchsgeschäfte

Will man den Stimmen Rechnung tragen, die durch den Eintritt einer Pattsituation im Aufsichtsrat eine Lähmung der Unter-

1 Siehe auch Hax, a.a.O.

2 Everling, DB 61, S. 1558

nehmensführung befürchten, ist der Gedanke interessant, die Zustimmungsgeschäfte iS von § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG in Widerspruchsgeschäfte umzuwandeln[1]. Das würde bedeuten, daß eine Maßnahme vom Vorstand nur dann nicht durchgeführt werden kann, wenn die Mehrheit im Aufsichtsrat der Maßnahme widerspricht. Dadurch würde sich der Aufsichtsrat nur selbst blockieren können. Der Vorstand könnte dagegen bei Stimmengleichheit im Aufsichtsrat unter eigener Verantwortung frei handeln[2], das heißt so, als wäre das Geschäft nicht zustimmungsbedürftig. Auf diese Weise erhält der Vorstand kraft Gesetzes einen erheblichen Machtzuwachs. Ist der Vorstand geschickt genug, besteht die Gefahr, daß er zum unumschränkten Herrscher des Unternehmens wird, der sich dem Einfluß des Gesamtaufsichtsrats bei seinen unternehmerischen Zielvorstellungen weitgehend entziehen kann. Der Aufsichtsrat wird damit insgesamt geschwächt. Es ist weiter zu befürchten, daß die Bereitschaft der beiden Aufsichtsratsblöcke sinkt, miteinander zu diskutieren und kooperieren. Jeder der beiden Blöcke wird unabhängig voneinander mit dem Vorstand Kontakt aufnehmen und ihm seine Vorstellungen unterbreiten. Das bedeutet nichts anderes als ein Ringen um die Gunst des Vorstands.
Eine Stärkung des Vorstands unter gleichzeitiger Schwächung des Aufsichtsrats und eine weitere Spaltung des Aufsichtsrats läßt eine Umwandlung zustimmungspflichtiger Geschäfte in Widerspruchsgeschäfte als problematisch erscheinen[3].
Andererseits bringt man den Vorstand auf diese Weise in einen Konflikt. Denn die Vorstandswahl und Wiederwahl kann nur mit Stimmenmehrheit erfolgen. Der Vorstand bleibt also insoweit weiter von beiden Seiten im Aufsichtsrat abhängig. Von einem solchen Vorstand sollte man jedoch nicht verlangen, daß er Maßnahmen ausführt, denen die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder widersprochen hat.

---

1 Hoffmann, GmbH-Rundschau 74, S. 76; Raiser, Festschrift L. Raiser 74, S. 374

2 Bisher bedeutet Stimmengleichheit Ablehnung einer Maßnahme

3 Raiser, a.a.O., S. 377 hält die Stärkung des Vorstands für den Preis, der im Interesse des wirtschaftlichen Unternehmenserfolges und der Funktionstüchtigkeit der Marktwirtschaft zu bezahlen ist

Auf diese Weise läßt sich im Interesse des Unternehmens schwerlich eine vertrauensvolle Zusammenarbeit erreichen. Das trifft sowohl für den Vertrags- und Eingliederungskonzern als auch den "faktischen" Konzern zu, wenn auch jeweils auf verschiedenen Vorstandsstufen. Während im Vertrags- und Eingliederungskonzern primär der Vorstand der Konzernobergesellschaft betroffen ist, weil der Vorstand der Untergesellschaft den Weisungen der Konzernspitze folgen muß, wird beim "faktischen" Konzern in erster Linie der Vorstand des abhängigen Unternehmens belastet.

Ob der Vorstand bei Widerspruchsrechten gegen den Widerstand eines Aufsichtsratsblocks eine im Konzerninteresse liegende Maßnahme ausführt, muß bezweifelt werden. Es ist eher anzunehmen, daß der Vorstand trotz rechtlicher Entscheidungsfreiheit mit den Aufsichtsratsmitgliedern eine Lösung sucht, die den Interessen beider Aufsichtsratsblöcke gerecht wird und deshalb im Aufsichtsrat eine breite Zustimmung findet.
Im Vertrags- und Eingliederungskonzern hätte die Einführung eines Widerspruchsrechts auf die konzerneinheitliche Leitung allerdings insofern günstige Auswirkungen, als Maßnahmen sofort per Weisung durchgesetzt werden könnten, weil der Tochter-Vorstand an diese gebunden ist und sich das herrschende Unternehmen der Hälfte der Stimmen im Aufsichtsrat, die keinen Widerspruch einlegen, sicher sein kann. Damit wird der Tochter-Vorstand zur sofortigen Ausführung einer unternehmerischen Entscheidung der Konzernspitze gezwungen. Im Vertrags- und Eingliederungskonzern ist daher die Einführung eines Widerspruchsrechts im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaften erwägenswert, da hier die wirtschaftliche Selbständigkeit der Untergesellschaften aufgehoben und somit auch der Einfluß des Vorstands und des Aufsichtsrats im Hinblick auf die Verfolgung eigener, wichtiger unternehmerischer Initiativen beschränkt ist.
Bei der Errichtung eines "faktischen" Konzerns dürften dagegen Widerspruchsrechte in dem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen für die einheitliche Leitung kaum Erfolg versprechen. Die

Vorstandspersonalhoheit liegt nicht in den Händen des herrschenden Unternehmens, und von einem paritätisch gewählten Vorstand zu erwarten, er würde bei Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens einseitig dessen Interessen berücksichtigen, ist wenig wahrscheinlich.
Insgesamt gesehen erscheint es aber auch aus Gründen einer rechtseinheitlichen Lösung nicht sinnvoll, Zustimmungsgeschäfte iS von § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG durch Widerspruchsgeschäfte zu ersetzen.

b) Gesetzliche Festlegung der zustimmungspflichtigen Geschäfte

Will man die paritätische Mitbestimmung im Konzern nicht nur auf die Vorstandsbestellung und eine reine Kontrolltätigkeit beschränken, sondern auf einen unmittelbaren Einfluß auf wichtige unternehmerische Entscheidungen ausdehnen, muß der Gesetzgeber dafür sorgen, daß sie wirksam wird.
Ansatzpunkt für eine mitbestimmungsrechtliche Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen ist insbesondere § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG. Diese Vorschrift stellt es allerdings in das Belieben der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrats, bestimmte Geschäfte für zustimmungspflichtig zu erklären. Im Aufsichtsrat muß die Zustimmungspflicht mit der Mehrheit der Stimmen der Aufsichtsratsmitglieder beschlossen werden. Allerdings könnten die Anteilseigner versuchen, den Kreis zustimmungspflichtiger Geschäfte möglichst klein zu halten. Indessen geht es nicht nur darum, daß konzerneinheitliche Leitung möglichst widerstandslos in den Untergesellschaften durchgesetzt werden kann, sondern auch darum, wie die konzernleitenden Maßnahmen in der Obergesellschaft zustandekommen.

Klammert man die Einschränkung zustimmungspflichtiger Geschäfte in Tochtergesellschaften eines Vertrags- oder Eingliederungskonzerns aus, so ist doch zu berücksichtigen, daß der Einfluß der Arbeitnehmervertreter auf den Vorstand allein aufgrund der Vorstandswahl, -abberufung und -wiederwahl insgesamt schwächer ist als der der Anteilseigner, wenn zustimmungsbedürftige Geschäfte in der Obergesellschaft klein gehalten werden. Bei einer langfristigen Unternehmenspolitik wird sich das Interesse des Vorstands oft mit den Interessen der Anteilseigner decken[1]. Das muß nicht heißen, daß Arbeitnehmerinteressen nicht berücksichtigt werden. Es kann aber in Einzelfällen dazu führen, daß wesentliche Gesichtspunkte der Arbeitnehmervertreter nicht zur Geltung kommen. Um die Mitbestimmung aber voll zu verwirklichen, muß der Gesetzgeber unter Beachtung eines genügend freien Entscheidungsspielraums des Vorstands[2] einen Katalog der wesentlichen, immer wiederkehrenden zustimmungsbedürftigen Geschäfte gesetzlich verankern[3]. Dabei sollte den besonderen Konzernunternehmensverbindungen (Vertrags-, Eingliederungskonzern und "faktischer" Konzern) Rechnung getragen werden.

c) Änderungsvorschläge für den Vertrags- und Eingliederungskonzern

aa) Änderung des § 308 Abs. 3 AktG

§ 308 Abs. 3 Satz 1 AktG paßt nicht in das geltende Rechtssystem. Wenn der Gesetzgeber das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens kraft Beherrschungsvertrags oder Eingliederung für zulässig erachtet, so widerspricht dem, daß die Ausübung dieses Rechtes wiederum von der Zustimmung eines Organs des vertraglich gebundenen Unternehmens abhängig sein soll.

---

1 Siehe dazu auch T. Raiser, Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung, S. 82, der annimmt, daß viele Vorstandsmitglieder kraft Herkommen, Ausbildung und Gewohnheit zur Anteilseignerseite hin tendieren

2 Martens, BB 73, S. 1123; Reich, AuR 75, S. 261; siehe auch Wiedemann, Festschrift Barz 74, S. 571; Art. 66 Abs. 1 des vom Europäischen Parlament geänderten Textes des Vorschlags für eine Verordnung (EWG) des Rates betreffend das Statut einer Europäischen Aktiengesellschaft, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 93/33 vom 7.8.74; Art. 52 n des holländischen Handelsgesetzbuches, ZGR 74, S. 132; Westermann, Festschrift Westermann 74, S. 563 ff, 574

3 ZB wichtige Änderungen in der Unternehmensorganisation, Stillegung oder Verlegung des Betriebs

Da im Vertrags- und noch deutlicher im Eingliederungskonzern zwischen dem herrschenden und dem abhängigen Unternehmen eine solch enge wirtschaftliche Verbindung hergestellt wird, daß die abhängigen Unternehmen wie unselbständige Betriebsabteilungen geführt werden können, müssen die Rechte des Aufsichtsrats des abhängigen Unternehmens bei Ausübung des Weisungsrechts auch denen einer unselbständigen Betriebsabteilung angepaßt werden. Die Arbeitnehmer abhängiger Konzernunternehmen müssen ihre Interessen durch ein aktives und passives Wahlrecht grundsätzlich nur im Aufsichtsrat der Konzernspitze wahrnehmen. Schon im RegE zum AktG 65 war vorgesehen, daß der Aufsichtsrat einer Weisung zustimmen muß[1]. Man sollte den Gedanken des RegE 65 wieder aufnehmen und § 308 Abs. 3 AktG dahingehend ändern, daß eine Zustimmung des Aufsichtsrats der Untergesellschaft zu erteilten Weisungen nicht erforderlich ist[2]. Behält man ansonsten die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat der Tochter bei, beschränkt sich seine Aufgabe bei erteilten Weisungen nur noch darauf, zu überprüfen, inwieweit diese nach Vertrag oder Gesetz zulässig sind.

bb) Verbindlicher Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats bei der Konzernierung

Man könnte folgendermaßen argumentieren: Die Regelung des § 308 Abs. 3 AktG hat deshalb ihren Sinn, weil der Aufsichtsrat nach geltendem Recht kein verbindliches Mitentscheidungsrecht bei der Eingliederungs- oder Vertragskonzernierung hat. Vielmehr ist die Hauptversammlung in ihrer Entscheidung autonom[3]. Zwar wird bei Maßnahmen, über welche nach dem Gesetz nur die Hauptversammlung zu entscheiden hat, die Zustimmung des Aufsichtsrats und hier insbesondere der Arbeitnehmervertreter eingeholt[4]. Das kann sich aber jederzeit ändern.

---

1 Begr. RegE zu § 308 bei Kropff, S. 403/404

2 So Hoffmann, BB 74, S. 1278; Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 308 Rdnr. 28

3 Die Zustimmung durch den Aufsichtsrat hat nur internen Charakter; § 83 Abs. 1 Satz 2 AktG bindet den Vorstand

4 Raiser, Festschrift L. Raiser 74, S. 368

Das Recht der Hauptversammlung, dem Abschluß eines Beherrschungsvertrags oder der Eingliederung zustimmen zu dürfen, rechtfertigt sich daraus, daß die Kapitalstruktur der beteiligten Unternehmen infolge der entstehenden engen wirtschaftlichen Verflechtung betroffen wird, die in ihren Auswirkungen wiederum berechtigte Interessen der Aktionäre berührt[1].

Weshalb aber gerade diese Konzernierungsformen dem Einfluß des Aufsichtsrats und damit im besonderen dem Arbeitnehmereinfluß entzogen sein sollen, ist nicht einsichtig. Die Aufgabe der wirtschaftlichen Selbständigkeit ist eine unternehmerische Entscheidung von überragender Bedeutung, die nicht nur Kapitaleigner wesentlich berührt, sondern auch wichtige Veränderungen für die Arbeitnehmer mit sich bringt. Durch derartige Konzernierungsformen können den Arbeitnehmern des abhängigen Unternehmens von der Hauptversammlung sowohl ihr wirksamer mitbestimmungsrechtlicher Einfluß im Aufsichtsrat genommen als auch die mit der Konzernierung verbundenen betriebsverfassungs- und tarifpolitischen Probleme[2] auf sie verlagert werden.

Die Arbeitnehmer des abhängigen Unternehmens können auf alle weiteren nach der Konzernierung zu treffenden Sachentscheidungen im dortigen Aufsichtsrat keinen vollwertigen Einfluß mehr ausüben. Da auch alle für die Arbeitnehmer wichtigen Fragen, die mit der Konzernierung in betriebsverfassungs- und tarifpolitischer Sicht verbunden sind, noch nicht vollends geklärt sind[3], widerspricht es dem Gedanken der paritätischen Mitbestimmung, wenn gerade den Arbeitnehmern des zu konzernierenden Unternehmens die gleichberechtigte und -gewichtige Teilhabe an dieser bedeutenden Entscheidung im Vorfeld aller folgenden konzernleitenden Maßnahmen genommen wird.

---

1 Begr. RegE zu § 293 bei Kropff, S. 380/381

2 Das betriebsverfassungsrechtliche und tarifliche Regelungssystem knüpft immer noch an die rechtliche Selbständigkeit des Unternehmens an, Martens, BB 73, S. 1125; zu den sich daraus ergebenden Problemen, siehe Biedenkopf, Festschrift Sanders 72, S. 1 ff

3 Martens, BB 73, S. 1125; Bälz, Festschrift L. Raiser 74, S. 334 ff; Biedenkopf, Festschrift Sanders 72, S. 11/12

Die Konzernierung hat einen Doppelcharakter. Mit dem Konzernierungsvorgang wird einerseits die Grundstruktur einer jeden Gesellschaft berührt. Die Entscheidung darüber fällt in den Zuständigkeitsbereich der Hauptversammlung. Andererseits kann die Mitbestimmung wegen des letztlich aufgrund des § 308 Abs. 3 AktG bestehenden Mitbestimmungsausfalls in der Untergesellschaft von den Arbeitnehmern nicht mehr voll ausgenutzt werden, so daß die mit der Konzernierung beeinträchtigten Interessen der Arbeitnehmer lediglich beim Beschluß über die Konzernierung im Aufsichtsrat wahrgenommen werden können. Da die Anteilseigner in der Hauptversammlung oder im Aufsichtsrat des zu konzernierenden Unternehmens wenig geneigt sein werden, die Konzernierung oder deren Aufrechterhaltung zustimmungspflichtig zu machen, kann dies nur auf gesetzlicher Grundlage geschehen[1].

Es ist nicht angebracht, die Entscheidung über die Konzernierung allein auf Vorstand und Aufsichtsrat zu verlagern. Man wird deshalb Hauptversammlung und Gesamtaufsichtsrat[2] (oder nur die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter[3]) darüber entscheiden lassen müssen, ob eine Konzernverbindung organisiert oder aufrecht erhalten werden soll. Dazu muß § 83 Abs. 1 Satz 2 AktG außer Kraft gesetzt werden, um ein Überspielen des Gesamtaufsichtsrats oder der Arbeitnehmervertreter durch die Hauptversammlung zu verhindern.

Hat der Gesamtaufsichtsrat oder die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter (insbesondere in dem zu beherrschenden Unternehmen) der Konzernierung zugestimmt, wird erst recht deutlich, daß die Regelung des § 308 Abs. 3 AktG ihre Berechtigung verloren hat, soweit es um Weisungen der Obergesellschaft geht. Denn mit Inhalt und Umfang des Weisungsrechts hat sich dann auch der Gesamtaufsichtsrat oder

---

1 Siehe Art. 66 Abs. 1 d) Statut einer Europäischen Aktiengesellschaft, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. C 93/33 vom 7.8.74; Art. 52 n) Abs. 1 d) des holländischen Handelsgesetzbuches, ZGR 74, S. 132

2 Dazu Martens, a.a.O., S. 1125; Duden, Festschrift Ballerstedt 75, S. 42; siehe auch Raisch, Bd. 2, S. 148, der ein aufschiebendes Vetorecht des Aufsichtsrats vorschlägt

3 Dazu insbesondere DGB, Zusammenfassende Stellungnahme, S. 21; Leverkusener Kreis in Mayer/Reich, § 5 Abs. 4 Alternativentwurf, S. 179 für Unternehmensverträge iS von § 291 Abs. 1 Satz 1 AktG und § 292 AktG

die Mehrheit der Arbeitnehmervertreter einverstanden erklärt, so daß ein Befolgen der Weisung durch den Aufsichtsrat der Untergesellschaft gerechtfertigt ist.
So ist einerseits die einheitliche Leitung gewährleistet und andererseits dem Mitbestimmungsanspruch der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens Genüge getan.

cc) Verpflichtung des Aufsichtsrats der Untergesellschaft auf das Konzerninteresse

Aus der tiefgreifenden gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierung des abhängigen Unternehmens eines Vertrags- und Eingliederungskonzerns könnte man folgern, daß der Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft auch bei seinen Entscheidungen im weisungsfreien Raum an das Konzerninteresse gebunden ist. Für den Aufsichtsrat gelten aber ähnliche Erwägungen wie für den Vorstand einer Tochtergesellschaft[1]. Es bestehen Bedenken gegen die Bindung des Aufsichtsrats an das Konzerninteresse. Von ihrer Legitimation her sind die Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der Untergesellschaft immer noch Vertreter ihrer Arbeitnehmer und deren Interessen. Sie auf das Konzerninteresse verpflichten zu wollen, würde sie im Ergebnis zu Vertretern des herrschenden Unternehmens machen. Das ist aber mit den Aufgaben, für die sie legitimiert worden sind, nicht vereinbar.

dd) Geringere Anforderungen an die Gründung eines Vertragskonzerns

Es fragt sich, ob die Mehrheitserfordernisse des § 293 AktG für den Abschluß eines Beherrschungsvertrags herabzusetzen sind, wenn sich die konzerneinheitliche Leitung wider Erwarten in einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen nur unter erschwerten Voraussetzungen durchführen lassen sollte.
Da es sich hierbei um eine für alle Beteiligte zukunftsweisende unternehmenspolitische Entscheidung handelt und die Interessen der

---

1 Siehe S. 97 ff

Minderheitsaktionäre denen des Mehrheitsaktionärs gleichrangig sind, muß man einen Ausgleich zwischen den Einflußmöglichkeiten der Mehrheitsbeteiligung und den Interessen der Minderheitsaktionäre finden. Um das Überspielen der Rechte und Interessen einer (qualifizierten) Minderheit zu verhindern und eine einfache Mehrheitsbeteiligung nicht zu Lasten der Minderheit zu bevorzugen, ist es sachgerecht, die bisherige Stimmenmehrheit bei der Beschlußfassung über einen Beherrschungsvertrag aus Gründen eines Minderheitenschutzes beizubehalten. Dies ist auch für ein mehrheitlich beteiligtes Unternehmen tragbar, weil eine Präsenz in der Hauptversammlung nur selten 100 % des Grundkapitals erreicht.

d) Änderungsvorschläge für den sogenannten faktischen Konzern

aa) Einführung einer § 308 Abs. 3 AktG entsprechenden Vorschrift

Bei einer solchen Regelung könnte der Einfluß des Aufsichtsrats auf unternehmerische Entscheidungen des mehrheitlich beteiligten Unternehmens dadurch überspielt werden, daß das herrschende Unternehmen seine Weisung wiederholt[1].
Da es im Rahmen der §§ 311 ff AktG kein Weisungsrecht und dementsprechend keine Folgepflicht gibt, würde letztlich allein der Vorstand des abhängigen Unternehmens darüber entscheiden, ob eine Einflußnahme des herrschenden Unternehmens befolgt wird.
Gegen den Widerstand der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wird es der Vorstand nur selten wagen, wiederholten Einflußnahmen stattzugeben, so daß für die konzerneinheitliche Leitung durch Einführung einer § 308 Abs. 3 AktG entsprechenden Vorschrift nichts gewonnen wäre. Auch ergeben sich rechtliche Bedenken gegen eine solche Regelung. Betont man die zu wahrende wirtschaftliche Selbständigkeit

---

1 Zu diesem Gedanken Martens, ZHR 138 (1974), S. 199; Bayer, DB 75, S. 1172, insbesondere 1175, der noch darüber hinausgeht und eine Regelung vorschlägt, nach der der Aufsichtsrat der Untergesellschaft von seinem Zustimmungsrecht erst gar keinen Gebrauch machen darf, wenn Einflußnahmen auf Veranlassung oder durch Weisung eines mitbestimmten herrschenden Unternehmens stattfinden

des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens, so ist es damit unvereinbar, daß die Rechte eines Organs dieses Unternehmens zugunsten eines "außenstehenden" Dritten beschnitten werden. Die zu wahrende wirtschaftliche Selbständigkeit bedeutet auch, daß die Organe des Unternehmens ihre vom Gesetzgeber zugewiesenen Rechte voll wahrnehmen können.

bb) Aufsichtsrat und Konzerninteresse

Da in dem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen schon aufgrund der §§ 311 ff AktG keine gesellschaftsrechtliche Strukturveränderung wie im Vertrags- und Eingliederungskonzern zulässig ist, kann hier eine Verpflichtung des Aufsichtsrats auf das Konzerninteresse erst recht nicht Platz greifen.

2) Mitbestimmungsrechtliche Änderungen

a) Einschaltung eines neutralen Aufsichtsratsmitglieds

Zu der viel beschworenen Pattsituation kann es in der Montanindustrie wegen des sogenannten neutralen Mitglieds im Aufsichtsrat[1] nicht kommen. Es ist deshalb zu überlegen, ob man in ein paritätisches Mitbestimmungsmodell für alle Großunternehmen und Konzerne die Institution des neutralen Mitglieds aufnimmt[2].
Indessen haben Untersuchungen ergeben, daß sich die Institution des neutralen Mitglieds nicht bewährt hat, weil es insbesondere bei schwerwiegenden Entscheidungen überfordert ist[3]. Daß die Montan-Mitbestimmung dennoch nicht versagt und sich kaum lähmend auf die Unternehmensführung ausgewirkt hat, zeigt, daß sich Anteilseigner- und Arbeitnehmervertreter in der Mehrzahl aller Fälle auch ohne Einschaltung des neutralen Mitglieds auf tragbare Ergebnisse einigen. Gewiß verstärkt die Institution des neutralen Mannes den Zwang

---

1 § 4 Abs. 1 c) und § 8 Montan-MitbG

2 Reich, AuR 75, S. 262/263; Mommsen anläßlich des Mitbestimmungs- Hearings bei Hensche, Die Quelle 74, S. 435

3 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 40 unter 29.; Farthmann, Die Quelle 74, S. 97 bezeichnet den Verzicht auf den neutralen Mann im RegE MitbG 74 als begrüßenswerte Verbesserung

zur Einigung[1]. Jedoch wird man den Anteilseigner- und Arbeitnehmervertretern auch ohne neutrales Mitglied im Interesse einer funktionstüchtigen Unternehmensführung soviel Verantwortungsbewußtsein zutrauen können, daß sie bei ihren Entscheidungen zu tragbaren Kompromissen kommen.
Auf die einheitliche Konzernleitung im Rahmen der §§ 311 ff AktG würde sich die Institution des neutralen Mitglieds ohnehin kaum günstiger auswirken.

b) Gesetzlich eingeräumtes Letztentscheidungsrecht des Vorstands

Das Letztentscheidungsrecht ist sicherlich geeignet, eine Pattsituation aufzulösen[2]. Jedoch würden sich insbesondere in der Obergesellschaft eines Vertrags- oder Eingliederungskonzerns hinsichtlich der Effektivität konzernleitender Maßnahmen ähnliche Bedenken wie bei der Einführung von Widerspruchsgeschäften ergeben[3]. Das gilt ebenso für die Ausübung einheitlicher Leitung in einem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen[4]. Zudem würde man einem Organ die Letztentscheidung anvertrauen, das selbst Partei im Interessenkonflikt ist, mit dem Ergebnis, daß das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrats und damit auch die Mitbestimmung erheblich an Wert verliert.

c) Die Regelung des § 26 Abs. 2 RegE mitbG 74[5]

Diese Vorschrift betrifft den Stichentscheid des Aufsichtsratsvorsitzenden, wenn der Aufsichtsrat nach Stimmengleichheit beschließt, daß bei erneuter Abstimmung die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag geben soll. Sollte es zum Patt im Aufsichtsrat kommen, wird aber bei der Frage, ob der Vorsitzende das ausschlaggebende Wort haben soll, stets die Seite

---

1 DGB, Zusammenfassende Stellungnahme, S. 8

2 Als Vertreter Raiser, Festschrift L. Raiser 74, S. 377; Modell des CDU-Parteivorstands vom Oktober 73 in Der Spiegel vom 15.10.1973, S. 38

3 Siehe S. 170 ff

4 Siehe S. 170 ff

5 Siehe dazu Farthmann, Die Quelle 74, S. 97

ihr Veto einlegen, deren Vertreter gerade nicht den Vorsitz inne hat. Die Regelung des § 26 Abs. 2 RegE MitbG 74 ist somit zur vereinfachten Durchsetzung einheitlicher Leitung völlig ungeeignet, weil sie in der Praxis kaum zur Anwendung kommen würde.

d) Paritätische Mitbestimmung nur in der Konzernspitze

aa) Konzern- und mitbestimmungsrechtliche Auswirkungen

Aus der Struktur des Konzerns als wirtschaftliche Einheit und aus der Befürchtung heraus, mehrstufige paritätische Mitbestimmung erschwere im Vertrags- und Eingliederungskonzern die einheitliche Leitung und zerstöre den faktischen Konzern[1], wird es für sachlich notwendig gehalten, paritätische Mitbestimmung im Konzern nur in der Konzernspitze anzusiedeln[2].
In den Untergesellschaften hat dies, gleichgültig, ob man hier im Aufsichtsrat die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer nach dem BetrVG beibehält[3] oder die Arbeitnehmer von einer Beteiligung völlig ausschließt[4], zur Auswirkung, daß die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat die Stimmenmehrheit haben. Die Homogenität der Personalentscheidungen ist wieder gegeben und die Durchsetzung einheitlicher Leitung in der Untergesellschaft ohne große Schwierigkeiten rasch und reibungslos gewährleistet. Das gilt insbesondere für die Organisation des sogenannten faktischen Konzerns.
Die gemeinsame Konzernpolitik wird im Vorstand und Aufsichtsrat der Konzernspitze festgelegt, zu deren Aufsichtsrat alle Konzernarbeitnehmer aktiv und passiv wahlberechtigt sein müssen. Nur im Aufsichtsrat der Obergesellschaft können die Konzernarbeitnehmervertreter ihren Einfluß auf unternehmerische Entscheidungen gegenüber den Untergesellschaften geltend machen. Nur hier besteht eine

---

1 Insbesondere Hoffmann, BB 74, S. 1280; Bayer, DB 75, S. 1172; BDA, Stellungnahme des Arbeitskreises Mitbestimmung 74, S. 18/19

2 Hoffmann, a.a.O., S. 1281; Bayer, a.a.O., siehe auch S. 27 ff

3 ZB Hoffmann, Bayer, a.a.O.

4 Centrale für GmbH, Vorschlag des § 5 zur Änderung des Entwurfs, GmbH-Rundschau 74, S. 223

Blockierungsmöglichkeit.

bb) Durchführbarkeit und Zulässigkeit

aaa) Zeitpunkt und Durchführung der paritätischen Mitbestimmung in der Konzernspitze

Für den Vertrags- und Eingliederungskonzern ist es sachgerecht und unproblematisch, bereits mit Abschluß des Beherrschungsvertrages oder des Eingliederungsbeschlusses alle Arbeitnehmer dem herrschenden Unternehmen zuzurechnen, um damit die paritätische Mitbestimmung aller konzernzugehörigen Arbeitnehmer allein im Aufsichtsrat der Obergesellschaft zu verwirklichen[1]. Hinsichtlich des Zeitpunkts und der Durchführung ergeben sich hier keine Schwierigkeiten.

Ganz anders dagegen stellt sich die Lage zwischen mehrheitlich beteiligtem und in Mehrheitsbesitz stehendem Unternehmen dar.
Die widerlegliche Vermutung einheitlicher Leitung iS von § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG zum Anlaß zu nehmen, die paritätische Mitbestimmung allein in die Beteiligungsgesellschaft zu verlegen, wäre bei paritätischer Mitbestimmung rechtlich unzulässig. Die Vermutung einheitlicher Leitung knüpft bei einer Mehrheitsbeteiligung an den Abhängigkeitstatbestand des § 17 Abs. 2 AktG an. Wenn das in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen nach der hier vertretenen Auffassung trotz paritätischer Mitbestimmung allein aufgrund der Mehrheitsbeteiligung abhängig ist, so ist doch der Abhängigkeitsbegriff deshalb aufgelockert worden, weil die Parität eine Überschneidung von freiwilligem Entscheidungsverhalten und faktischem Entscheidungszwang des Vorstands und der Arbeitnehmervertreter der Untergesellschaft bewirkt. Schon deshalb wird die Vermutung des § 18 Abs. 1 Satz 3 AktG eingeschränkt.
Für die einheitliche Leitung ist außer der tatsächlichen Einflußnahme mehr erforderlich als für die Abhängigkeit eines Unternehmens. Vermittelt aber die Mehrheitsbeteiligung allein nicht mehr die Kompetenz zur umfassenden einheitlichen Leitung wie bisher[2], so fehlt der Vermutung des § 18 Abs. 1 Satz

1 Siehe auch Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 76; Duden, Festschrift Ballerstedt 75, S. 45

2 Siehe auch S. 141

3 AktG die tatsächliche Grundlage.
Wenn die einheitliche Leitung aber nicht mehr vermutet werden und auch nicht positiv festgestellt werden kann, liegt rechtlich kein Konzern vor. Die einheitliche Leitung ist wesentliches Merkmal des Konzerns. Wenn ein Unternehmen von einem anderen nur aufgrund einer Mehrheitsbeteiligung abhängig ist, bleibt es mitbestimmungsrechtlich eigenständig. Und solange diese Eigenständigkeit besteht, ist eine umfassende einheitliche Leitung nur mit Unterstützung der Arbeitnehmervertreter und des Vorstands des abhängigen Unternehmens zu erreichen. Gewiß wäre an ein besonderes Verfahren zu denken, um das Vorliegen konzerneinheitlicher Leitung festzustellen[1]. Dabei darf aber nicht verkannt werden, daß die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft, wollen sie einer mitbestimmungsrechtlichen Lösung nach dem BetrVG oder gar einer Nichtbeteiligung im abhängigen Unternehmen entgehen, praktisch dazu gezwungen werden, der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens durch Blockierung von konzernleitenden Maßnahmen entgegenzuwirken. Das führt zu einem unerträglichen Zustand, denn den einmal erworbenen Mitbestimmungsbesitzstand werden die Arbeitnehmervertreter ohne Gegenwehr nicht aufgeben.

In noch größere Schwierigkeiten kommen die Vertreter der Meinung, bei paritätischer Mitbestimmung müsse die Abhängigkeitsvermutung des § 17 Abs. 2 AktG als widerlegt angesehen werden. Sie können niemals die Existenz eines Unterordnungskonzerns bejahen und müßten bei Ausübung einheitlicher Leitung für diese besondere Unternehmenszusammenfassung, die einem Gleichordnungskonzern ähneln würde[2], eigenständige mitbestimmungsrechtliche Regeln entwickeln.
Nach der hier vertretenen Auffassung bleibt nur der kaum gangbare Weg, die paritätische Mitbestimmung schon bei Vorliegen der Abhängigkeit eines Unternehmens allein im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens anzusiedeln. Dadurch würde aber einerseits das gesamte Konzernrecht verändert, andererseits würde man einmal das herrschende Unternehmen in einen Konzernverbund zwingen, zum anderen würde es ihm wieder leicht gemacht, vom Abschluß eines

1 Dazu Lutter, a.a.O., S. 76
2 Wenn es nicht gar ein Gleichordnungskonzern ist, siehe Bayer, ZGR 77, S. 173 ff, 191

Beherrschungsvertrages abzusehen, wenn sich konzerneinheitliche Leitung wie bisher verhältnismäßig einfach durchführen läßt. Für faktische Konzerne, die bereits vor Einführung paritätischer Mitbestimmung bestehen, bietet sich an, sofort mit der Einführung eine alleinige Zurechnung aller Konzernarbeitnehmer zur Obergesellschaft vorzunehmen. Damit privilegiert man aber bestehende faktische Konzerne gegenüber erst zu organisierenden ohne sachlichen Grund. Zudem wird eine Lösung über den Kopf der Arbeitnehmer der Untergesellschaft hinweg geschaffen.
Welche Probleme auch mit einem Verfahren zur Feststellung der einheitlichen Leitung verbunden sind, ergibt sich daraus, daß immer noch keine allgemeingültigen Kriterien für das Maß der Intensität unternehmerischer Koordination, die zur einheitlichen Leitung erforderlich ist, erarbeitet worden sind.
Durch geschicktes Zusammenspiel des Vorstands und der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Untergesellschaft könnten Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens immer so zurückgewiesen werden, daß die einheitliche Leitung zumindest fragwürdig erscheint.
Für eine alleinige paritätische Mitbestimmung in der Obergesellschaft ergeben sich somit zwischen Beteiligungsgesellschaft und abhängigem Unternehmen nahezu unüberwindbare Hindernisse tatsächlicher und rechtlicher Art, wenn eine solche konzernmitbestimmungsrechtliche Lösung gesetzlich zwingend vorgeschrieben wird.

bbb) De- und Zentralisation

Soweit ein Konzern streng zentralistisch geführt wird, ist für eine paritätische Mitbestimmung in der Tochtergesellschaft kein Platz. Die Wahrung eines Mitbestimmungsbesitzstandes dort, wo es kaum etwas mitzubestimmen gibt, kann eine mehrstufige paritätische Mitbestimmung nicht rechtfertigen.

Konzerne, die dezentral strukturiert sind, können den Tochtergesellschaften in manchen unternehmerischen Fragen weitgehende Entscheidungsfreiheit belassen[1]. Naturgemäß wird es sich dabei nicht

1 Kunze, Festschrift Geßler 71, S. 56; Opel-Generaldirektor Mc Cormack in einem Zeit-Interview, Die Zeit vom 12.9.75, S. 20; Haesen, Abhängigkeitsbericht, S. 42

um Entscheidungen handeln, die für die Einheit des Konzerns von überragender Bedeutung sind und deshalb bei der Konzernspitze bleiben müssen. Trotzdem ist der Vorstand solcher Tochtergesellschaften in der Lage, eigenständige unternehmerische Initiativen zu entfalten, die für die Tochtergesellschaft immer noch bedeutsam genug sein können. In engen Schranken kann die Tochtergesellschaft selbst eigenen wirtschaftlichen Interessen nachgehen. Diese Dezentralisierung ist ein Anzeichen dafür, daß die Aufsichtsräte abhängiger Gesellschaften hinsichtlich unternehmerischer Entscheidungen ihres eigenen Vorstands keineswegs funktionslos geworden sind.

Die Dezentralisierung eines Konzerns läßt es gerechtfertigt erscheinen, den Arbeitnehmern einen gleichberechtigten und -gewichtigen Einfluß auf selbständig getroffene Entscheidungen ihres Vorstands zuzubilligen und somit die paritätische Mitbestimmung in den Tochtergesellschaften grundsätzlich beizubehalten[1].

Die Beibehaltung der paritätischen Besetzung des Aufsichtsrats in der Untergesellschaft ist auch aus einem anderen Gesichtspunkt heraus erforderlich. Siedelt man die paritätische Mitbestimmung nur in der Konzernspitze an und beteiligt die Arbeitnehmer in der Tochter gar nicht oder nur nach dem BetrVG, so wird zwar die Konzernpolitik in der Obergesellschaft von Vorstand und paritätisch besetztem Aufsichtsrat festgelegt. Durch weitgehende Dezentralisierung allerdings besteht die Gefahr, daß der paritätische Mitbestimmungsanspruch der Konzernarbeitnehmervertreter in der Konzernspitze und erst recht in der Untergesellschaft unterlaufen wird. Denn hier würde das herrschende Unternehmen im Aufsichtsrat über die Stimmenmehrheit verfügen und einen konzerninteressierten Vorstand wählen können. Hier ist es notwendig, den dem Konzern innewohnenden Gedanken der wirtschaftlichen Einheit und der rechtlichen Vielheit seiner Glieder auch mitbestimmungsrechtlich zu berücksichtigen[2].

---

1 Kunze, Festschrift Geßler 71, S. 56; ders., 42. Deutscher Juristentag 72, Diskussion, F 69; vgl. auch Gutjahr, S. 109; a.A. Bayer, DB 75, S. 1170, der wohl die der Untergesellschaft verbliebenen Entscheidungen als nicht so gewichtig ansieht, als daß sie eine volle Mitbestimmung rechtfertigen

2 Kittner, AuR 76, S. 14

ccc) Konzern und Unternehmensbegriff

aaaa) Die rechtliche Selbständigkeit als Anknüpfungspunkt

Die rechtliche Selbständigkeit der Tochtergesellschaft bedeutet zunächst einmal, daß sie die vom Gesetz vorgeschriebenen Organe haben muß und Dritten gegenüber selbst haftet. Über die wirtschaftliche Selbständigkeit sagt die rechtliche nichts aus. In vielen Fällen ist die rechtliche Selbständigkeit ein Indiz dafür, daß das Unternehmen auch wirtschaftlich unabhängig ist.
Unternehmensmitbestimmungsrechtlich gesehen kann es nicht darauf ankommen, daß ein Unternehmen als rechtlich selbständig eingestuft wird, sondern nur auf die wirtschaftliche Unabhängigkeit. Unternehmerische Mitbestimmung hat von ihrer Funktion her nur dort Sinn, wo eine wirtschaftliche Unabhängigkeit besteht oder zumindest noch wirtschaftlich selbständige Entscheidungen getroffen werden. Die rechtliche Selbständigkeit eines Unternehmens ist allerdings für die unternehmerische Mitbestimmung nicht völlig bedeutungslos geworden. Im Vergleich zum rechtlich und wirtschaftlich unselbständigen Betrieb bringt die rechtliche Untergliederung des Konzerns eine in Grenzen bestehende wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit der Tochtergesellschaft mit sich, weil diese haftungsrechtlich eigenverantwortlich ist und im Wirtschaftsverkehr selbständig auftritt. Trotzdem beweist die konzernrechtliche Praxis, daß die rechtliche Selbständigkeit der Konzernunternehmen weitgehend durch bestimmte Organisationsformen (Division-Prinzip) durchbrochen und übergangen wird.

bbbb) Die wirtschaftliche Selbständigkeit im Vertrags- und Eingliederungskonzern

In der rechtswissen- und betriebswirtschaftlichen Lehre setzt sich immer mehr die Meinung durch, daß der Konzern eine wirtschaftliche Einheit verkörpert und nur er allein wirtschaftlich selbständiges Unternehmen ist.[1]

---

1 Emmerich/Sonnenschein, S. 36; Everling, DB 61, S. 1557; Harms, S. 23; umfassend Rehbinder, Konzernaußenrecht, S. 51/52

Aufgrund der Tatsache, daß im Vertrags- und Eingliederungskonzern der Obergesellschaft die unternehmerische Leitung der Tochtergesellschaften rechtlich unterstellt ist und diese den Wirtschaftsplan für das Konzernganze aufstellt, ja sogar aufstellen muß, soll die wirtschaftliche Einheit "Konzern" nicht auseinanderfallen, ist für eine Anerkennung der Tochtergesellschaften als wirtschaftlich selbständige Unternehmen und damit für eine mitbestimmungsrechtliche Erfassung kaum Platz[1]. Das führt dazu, daß die abhängige Gesellschaft durch die einheitliche Leitung der Konzernspitze ihre wirtschaftlich selbständige Unternehmenseigenschaft verliert[2].

Selbst wenn dem abhängigen Unternehmen ein eigener Entscheidungsspielraum bleibt, kann man kaum noch davon sprechen, daß es nach eigenem umfassendem Wirtschaftsplan tätig werden kann[3]. Man kann zwar sagen, daß es in einzelnen Bereichen eigene wirtschaftliche Interessen verfolgen kann. Das ist aber etwas anderes als nach eigenem Wirtschaftsplan vorgehen und damit eine verselbständigte Wirtschaftseinheit bilden zu können[4]. Wirtschaftseinheit ist gleichzeitig Finanzeinheit. Wie aber das rechtlich abhängige Unternehmen im Vertrags- und Eingliederungskonzern eine Wirtschaftseinheit darstellen soll, wenn auch das Finanzwesen und die damit einhergehende Investitionspolitik, wie in aller Regel in der Praxis anzutreffen, zentral von der Obergesellschaft gesteuert wird[5], bleibt unklar.

---

1 Duden, Festschrift Ballerstedt 75, S. 45/46; a.A. Kittner, AuR 76, S. 9 ff, 15 unter starker Betonung des Vielheitsgedanken im Konzern

2 Mestmäcker, Festgabe Kronstein 67, S. 145/146

3 Für wirtschaftlich selbständigen Unternehmenscharakter Gandenberger, S. 117 ff; Dülfer, S. 108 ff; siehe auch Rehbinder, a.a.O., S. 80, der die Tochtergesellschaften als Unternehmen in niederer Stufung bezeichnet; Kittner, a.a.O., S. 14

4 A.A., aber nicht überzeugend Rehbinder, a.a.O., S. 80

5 Emmerich/Sonnenschein, S. 37; Arbeitskreis Krähe, S. 26 und 76; Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 18 Rdnr. 9; so aber auch Rehbinder, a.a.O., S. 49

Trotzdem liegt in der Auffassung, der Tochtergesellschaft komme eine wirtschaftlich selbständige Unternehmenseigenschaft zu, etwas Richtiges. Solange der Tochtervorstand in seinen Entscheidungen frei ist, sollte dies trotz nicht vorhandener wirtschaftlicher Selbständigkeit im Sinne eines Vorgehens nach eigenem Wirtschaftsplan ausreichen, paritätische Mitbestimmung in der Tochtergesellschaft auf jeden Fall beizubehalten[1]. Der Grund dafür liegt aber nicht darin, daß das abhängige Unternehmen als Wirtschaftseinheit anerkannt wird, sondern in der Verlagerung unternehmerischer Entscheidungen auf die Untergesellschaft.

cccc) Die wirtschaftliche Selbständigkeit im sogenannten faktischen Konzern

Die einheitliche Konzernleitung und die damit angestrebte Nichtbeteiligung oder alleinige Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nach dem BetrVG läßt sich einmal durch Blockierung von Einflußnahmen verhindern. Zum anderen ist die Feststellung einheitlicher Leitung sehr schwierig. Für eine paritätische Mitbestimmung nur in der Obergesellschaft ergeben sich aber aktienrechtliche Bedenken.
Unternehmerische Mitbestimmung setzt voraus, daß ein Unternehmen wirtschaftlich selbständig ist und handeln kann. Der Macht des Faktischen (weitgehende Peronalunion, Abhängigkeit des Vorstands der Untergesellschaft vom herrschenden Unternehmen) ist auch mit gesetzgeberischen Mitteln bei der BetrVG-Mitbestimmung nicht beizukommen. Die Feststellung, ob ein Unternehmen das andere zu einer Maßnahme iS von § 311 Abs. 1 AktG veranlaßt hat, kann schier unmöglich gemacht werden, wenn die maßgeblich an der Unternehmensführung beteiligten Personen Vertauensleute des herrschenden Unternehmens sind, die keine Differenzierung zwischen Unternehmenspolitik des herrschenden und des abhängigen Unternehmens vornehmen.

---

1 Siehe S. 18

Im Vertrags- und Eingliederungskonzern hört das abhängige Unternehmen auf, ein selbständiges Unternehmen zu betreiben, wird vielmehr zu einer unselbständigen Betriebsabteilung. Im faktischen Konzern soll dagegen die wirtschaftliche Selbständigkeit des abhängigen Unternehmens aufgrund der §§ 311 ff AktG erhalten bleiben[1].

Im Grunde genommen ist der sogenannte faktische Konzern nichts anderes als eine Unternehmensverbindung, die auf einem "Stillhalteabkommen" des Vorstands des abhängigen Unternehmens mit dem herrschenden beruht, die Leitung des abhängigen Unternehmens in rechtlich zulässiger oder unzulässiger Weise dem herrschenden zu unterstellen[2]. Das wird dadurch deutlich, daß der Vorstand nicht gezwungen werden kann, Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens stattzugeben.

Daraus folgt, daß es mit der Absicht des Gesetzes, die wirtschaftliche Unabhängigkeit des abhängigen Unternehmens aufrechtzuerhalten, rechtlich unvereinbar ist, den Arbeitnehmern die gleichberechtigte und-gewichtige Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen zu versagen. Wirtschaftliche Unabhängigkeit bedeutet zugleich mitbestimmungsrechtliche Eigenständigkeit.
Die Zulassung von Einflußnahmen durch den Vorstand des abhängigen Unternehmens ist immer eine Entscheidung des abhängigen Unternehmens im Rahmen der Geschäftsführung. Es ist gerade Sinn und Zweck paritätischer Mitbestimmung, den Arbeitnehmern einen mitbestimmungsrechtlichen Einfluß auf Entscheidungen des eigenen Vorstands zu geben und sie somit mit über das eigene wirtschaftliche Schicksal eines Unternehmens mitbestimmen zu lassen.
Es ist deshalb festzuhalten, daß eine alleinige paritätische Mitbestimmung in der Obergesellschaft selbst dann nicht in Frage kommt, wenn konzerneinheitliche Leitung im Rahmen der §§ 311 ff AktG (mit Unterstützung des Vorstands und der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens) positiv festgestellt ist.
Daran anschließend stellt sich die Frage, ob den Arbeitnehmern des abhängigen Unternehmens noch zusätzlich ein aktives und passives Wahlrecht zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens zuzubilligen ist, wenn Vorstand und Arbeitnehmervertreter des abhängigen Unternehmens der einheitlichen Leitung durch das herrschende Unternehmen keinen Widerstand entgegensetzen.

---

1 Siehe auch Farthmann, Die Zeit vom 15.11.74, S. 35; DGB, Zusammenfassende Stellungnahme, S. 21; Martens, ZHR 138 (1974), S. 201

2 Siehe auch Duden, ZHR 141 (1975), S. 145 ff., 150

Insbesondere die §§ 5 Abs. 1 RegE MitbG 74 und MitbG 76 sehen in diesem Fall eine Zurechnung der Arbeitnehmer zum herrschenden Unternehmen vor. Jedoch scheint eine solche Regelung nicht genügend durchdacht zu sein.
Da die Mehrheitsbeteiligung allein nicht ausreicht, um konzerneinheitliche Leitung umfassend durchzusetzen und konzernleitende Maßnahmen dem paritätischen Mitbestimmungseinfluß in der abhängigen Gesellschaft ausgesetzt sind, kann das abhängige Unternehmen, jedenfalls wenn der Entscheidungsdruck auf seine Organe nicht zu stark ist, die einheitliche Leitung jederzeit verhindern. Ist das abhängige Unternehmen aber in der Lage, selbst darüber zu entscheiden, ob einheitliche Leitung ausgeübt wird oder nicht und kann es selbst seine eigenen wirtschaftlichen Interessen in größerem Umfang als unter der BetrVG-Mitbestimmung wahren, besteht kein Anlaß, den Arbeitnehmern ein zusätzliches Wahlrecht zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens zu geben.
Es ist deshalb sachgerechter, die Arbeitnehmer des abhängigen Unternehmens nicht dem herrschenden Unternehmen zuzurechnen, zumal eine Aushöhlung der paritätischen Mitbestimmung im abhängigen Unternehmen rechtlich nicht möglich ist[1].
Eine Ausnahme von dieser mitbestimmungsrechtlichen Lösung kann nur bei einer 100 %igen Tochtergesellschaft gerechtfertigt sein. Zwar normieren die §§ 311 ff AktG nicht nur einen Schutz der Minderheitsgesellschafter vor schädigenden Einflußnahmen, sondern auch einen Schutz der Gläubiger, so daß die wirtschaftliche Eigenständigkeit auch nach der gesetzlichen Absicht nicht angetastet werden darf. Es entstehen aber nur Gläubigerschutzfragen. Diese können auf andere Weise gelöst werden als durch den Ausgleich der dem abhängigen Unternehmen zugefügten Nachteile[2].
Werden die Gläubiger außerhalb der §§ 311 ff AktG ausreichend geschützt, verlieren die §§ 311 ff AktG ihren Sinn, so daß nach ihrer einschränkenden Auslegung gesellschaftsrechtlich kein Bedürfnis mehr besteht, die wirtschaftliche Selbständigkeit

---

1 So im Ergebnis auch Duden, Festschrift Ballerstedt 75, S. 43; a.A. Kittner, a.a.O., S. 14, der eine mehrstufige Parität als notwendige Konsequenz der Existenz faktischer Konzerne sieht

2 Siehe bereits S. 113

mehr besteht, die wirtschaftliche Selbständigkeit des abhängigen Unternehmens aufrechtzuerhalten. Dann aber wird das Interesse des abhängigen Unternehmens vom Interesse des herrschenden bzw. vom Konzerninteresse geprägt. Das abhängige Unternehmen hat kein Eingeninteresse mehr. Mitbestimmungsrechtlich besteht deshalb kein Anlaß, die Parität im abhängigen Unternehmen voll beizubehalten. Man sollte die paritätische Mitbestimmung im abhängigen Unternhmen wie im Vertrags- und Eingliederungskonzern nur dann eingreifen lassen, wenn der Vorstand im einflußfreien Raum tätig wird, um einer Verlagerung von Entscheidungen auf das abhängige Unternehmen vorzubeugen. Ansonsten ist dem Mitbestimmungsanspruch Genüge getan, wenn die Arbeitnehmer des abhängigen Unternehmens ein aktives und passives Wahlrecht zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens haben.

3. Zusammenfassung und Vorschläge für eine konzernrechtliche Mitbestimmung mit tragenden Gesichtspunkten

Für den Vertrags- und Eingliederungskonzern wird folgende konzernrechtliche Mitbestimmung vorgeschlagen:

a. Die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat der Tochter bleibt erhalten.
Begründung: a) Kontrollfunktion b) Nur so kann eine Ausschaltung des mitbestimmungsrechtlichen Einflusses durch Verlagerung von Entscheidungen auf die Tochtergesellschaft verhindert werden.

b. Bei Weisungen der Muttergesellschaft hat der Aufsichtsrat der Tochter kein Zustimmungsrecht (Abschaffung des § 3o8 Abs. 3 AktG).
Begründung: § 3o8 Abs. 3 AktG ist systemfremd und mit dem Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens nicht vereinbar.

c. Der Aufsichtsrat der Tochter kann von seinem Zustimmungsrecht Gebrauch machen, wenn der Tochter-Vorstand einen eigenen Entscheidungsspielraum hat und ihn ausnutzt.

Begründung: a) vgl. oben a. b) Viele Konzerne werden dezentral geführt.

d. Der Kreis zustimmungspflichtiger Geschäfte muß in Umrissen gesetzlich festgelegt werden.
Begründung: Bislang steht es im Belieben der Hauptversammlung oder des Aufsichtsrats, bestimmte Geschäfte für zustimmungspflichtig zu erklären.
Wird von Anteilseignerseite der Kreis zustimmungspflichtiger Geschäfte besonders in der Obergesellschaft klein gehalten, muß berücksichtigt werden, daß der Einfluß der Arbeitnehmervertreter auf den Vorstand allein aufgrund der Vorstandswahl, -abberufung und -wiederwahl insgesamt schwächer ist als der der Anteilseigner. Bei einer langfristigen Unternehmenspolitik wird sich das Interesse des Vorstands oft mit den Interessen der Anteilseigner decken. Überläßt man der Hauptversammlung oder dem Aufsichtsrat, den Kreis zustimmungspflichtiger Geschäfte festzulegen, könnte dies auf Kosten der Effektivität der Mitbestimmung gehen.

e. Verzicht auf die Vertretung leitender Angestellter als eigenständiger Faktor im Aufsic htsrat.
Begründung: Leitende Angestellte nehmen spezifisch unternehmerische Aufgaben wahr.
Gerade wegen ihrer Nähe zum Vorstand, dem unmittelbaren Dienstvorgesetzten, sind sie weder geeignet, typische Arbeitnehmerinteressen zu verfolgen, noch die Geschäftsführung zu überwachen.
Zudem ist nicht einzusehen, daß eine zahlenmäßig äußerst schwache Gruppe eigenständig im Aufsichtsrat relativ stark vertreten sein soll.

f. Bei der Wahl und Abberufung des Tochter-Vorstandes haben nur die Anteilseignervertreter Stimmrecht.
Begründung: Kann die Tochtergesellschaft wie eine unselbständige Betriebsabteilung behandelt werden, so muß das herrschen-

de Unternehmen auch die Vorstandspersonalhoheit haben.

g. Die Arbeitnehmer der Tochter haben ein aktives und passives Wahlrecht zum Aufsichtsrat der Muttergesellschaft.
Begründung: Das ist einerseits zur Interessenvertretung notwendig. Andererseits entfällt das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrats der Untergesellschaft bei Weisungen der Muttergesellschaft.

Für den faktischen Konzern wird folgende konzernrechtliche Mitbestimmung vorgeschlagen:

a. Paritätische Mitbestimmung in der Untergesellschaft bleibt in vollem Umfang erhalten.
Begründung: a) Im Vertrags- und Eingliederungskonzern hört das abhängige Unternehmen auf, ein selbständiges Unternehmen zu betreiben, wird vielmehr zu einer unselbständigen Betriebsabteilung. Das ist im faktischen Konzern nicht der Fall. Hier soll gerade die wirtschaftliche Selbständigkeit des abhängigen Unternehmens durch die §§ 311 ff AktG erhalten bleiben, damit es im gemeinsamen Interesse des Mehrheitsaktionärs und der Minderheitsaktionäre, deren Interessen gleichwertig sind, betrieben werden kann.
b) Eine Mehrheitsbeteiligung gibt dem herrschenden Unternehmen nicht das Recht, dem Vorstand des abhängigen Weisungen zu erteilen. Dieser führt das Unternehmen in eigener Verantwortung. Er entscheidet darüber, ob er Weisungen, Wünschen, Empfehlungen etc. des herrschenden Unternehmens stattgibt.
c) Im Grunde genommen ist der faktische Konzern nichts anderes als eine Unternehmensverbindung, die auf einem "Stillhalteabkommen" des Vorstands des abhängigen Unternehmens mit dem herrschenden beruht, die Leitung des abhängigen Unternehmens dem herrschenden zu unterstellen. Das wird dadurch deutlich, daß der Vorstand nicht gezwungen werden kann, Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens stattzugeben. Weigert er sich, kommt ein faktischer Konzern nicht zustande.
d) Daraus folgt: aa) Wirtschaftliche Selbständigkeit bedeutet mitbestimmungsrechtliche Eigenständigkeit.

bb) Die Zulassung von Einflußnahmen durch den Vorstand des abhängigen Unternehmens ist immer eine Entscheidung des abhängigen Unternehmens im Rahmen der Geschäftsführung. Es ist Sinn und Zweck paritätischer Mitbestimmung, den Arbeitnehmern einen mitbestimmungsrechtlichen Einfluß auf Entscheidungen des eigenen Vorstands zu geben.

b. Die Arbeitnehmer des abhängigen Unternehmens haben kein aktives und passives Wahlrecht zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens.
Begründung: Einflußnahmen des herrschenden Unternehmens sind schon in der Untergesellschaft dem mitbestimmungsrechtlichen Einfluß unterworfen. Unterstellen Vorstand und Arbeitnehmervertreter die Leitung ihres Unternehmens dem herrschenden, ist das abhängige Unternehmen selbst in der Lage, darüber zu entscheiden, ob einheitliche Leitung durch das herrschende Unternehmen ausgeübt werden kann. Die Parität bedingt, daß das abhängige Unternehmen selbst in größerem Umfang seine eigenen wirtschaftlichen Interessen wahren kann als unter der Mitbestimmung nach dem BetrVG.

c. Bei 1oo %igen Tochtergesellschaften findet eine Mitbestimmung wie im Vertrags- und Eingliederungskonzern statt, sofern die Gläubiger durch das herrschende Unternehmen ausreichend geschützt werden.
Begründung: Diese Ausnahme ist deshalb geboten, weil das Interesse des herrschenden Unternehmens mit dem des abhängigen identisch ist. Eine Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Selbständigkeit zum Schutze der Minderheit ist bei einer 1oo %igen Tochter-AG nicht erforderlich.

d. Sonst wie unter d. und e. des Vertrags- und Eingliederungskonzerns.

B) Sonderprobleme

1) Das Problem des überparitätischen Einflusses

§§ 29 Abs. 1 RegE MitbG 74 und 32 Abs. 1 MitbG 76 bestimmen, daß die Ausübung bestimmter Beteilungsrechte nur einer Stimmenmehrheit der Anteilseigner im Aufsichtsrat bedarf, um den Vorstand zu binden.
Die Bestimmung des § 29 RegE MitbG 74 bezieht sich auf die Beteiligungsrechte der Bestellung, den Widerruf der Bestellung oder die Entlastung von Verwaltungsträgern, sowie auf die Beschlußfassung über die Auflösung, Verschmelzung oder Umwandlung des anderen Unternehmens, über die Fortsetzung nach seiner Auflösung oder über die Übertragung seines Vermögens.
§ 32 MitbG 76 erweitert demgegenüber den Anwendungsbereich auf den Abschluß von Unternehmensverträgen iS von §§ 291, 292 AktG.
Daß die Überparität nicht nur ein spezifisches Problem der echten paritätischen Aufsichtsratsmitbestimmung ist, beweisen diese Vorschriften.
Sinn und Zweck dieser Vorschriften ist es, eine Kumulierung des Mitbestimmungseinflusses der Arbeitnehmer in dem in Beteiligungsbesitz stehenden Unternehmen auf Personal-und Sachentscheidungen, die in den Zuständigkeitsbereich der dortigen Hauptversammlung und damit der Aktionäre fallen, zu verhindern[1]. Eine derartig verstandene Potenzierung könnte insbesondere dann eintreten, wenn das in Beteiligungsbesitz stehende Unternehmen der paritätischen Mitbestimmung unterliegt. Sieht man nämlich die Leitung des Konzerns durch den Vorstand des herrschenden Unternehmens als Geschäftsführungsakt an[2], so ist die Ausübung der Beteiligungsrechte durch den Vorstand in dem in Beteiligungsbesitz stehenden Unternehmen bereits gleichberechtigt mitbestimmungsbeeinflußt.

---

1 Begr. zu § 29 RegE, BR-Drucksache 2oo/74, S. 28/29; Hoffmann, BB 74, S. 1277, 1278; Vergl. zu § 15 MitbErgG Kötter, § 15 Anm.1, S. 108

2 Würdinger in Großkomm. AktG. § 308 Anm. 5

Da der Vorstand des mehrheitlich beteiligten Unternehmens als geschäftsführendes Organ auch die Anteilseignervertreter für den Aufsichtsrat des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens zu wählen hätte, würden dadurch (so die Befürchtung) mitbestimmungsrechtliche Elemente auf der Anteilseignerseite einfließen. Bei gleichzeitiger Parität in der Untergesellschaft würde so die Gleichgewichtigkeit von Kapital und Arbeit zu Lasten des Kapitals aufgehoben[1].

Eine Regelung iS der §§ 29 Abs. 1 RegE MitbG 74 und 32 Abs. 1 MitbG 76 ist heftiger Kritik ausgesetzt. Diese wendet sich einmal dagegen, daß eine solche Vorschrift unpraktikabel sei, weil die Anteilseigner im Aufsichtsrat der Obergesellschaft überfordert würden[2]. Zum anderen widerspreche die Verlagerung von Entscheidungen auf die Anteilseignervertreter der Zuständigkeitsordnung in einer AG[3]. Insbesondere aber wird eine Regelung in der den §§ 29 RegE MitbG 74, 32 MitbG 76 zugrundeliegenden Form unter konzernrechtlichen Aspekten deshalb als unausgewogen und verfehlt angesehen, weil der Kreis der Beteiligungsrechte, der dem Mitbestimmungseinfluß der Arbeitnehmer entzogen werden soll, viel zu eng gezogen sei und deshalb auf weitere Beteiligungsrechte ausgedehnt werden müsse[4].

In der Tendenz wendet sich die Kritik also nicht gegen die Ausschaltung des Arbeitnehmereinflusses in der Obergesellschaft, wenn Beteiligungsrechte ausgeübt werden, sondern nur gegen die inhaltliche Gestaltung und die Art und Weise[5], wie man einer Mitbestimmungspotenzierung in der Untergesellschaft zuvorkommen will.

---

1 Hoffmann, BB 74, S. 1278; Bayer, DB 75, S. 1172; Buchner, ZfA 74, S. 167

2 So insbesondere Bayer, a.a.O., S. 1174; Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 72/73, siehe auch Hoffmann, a.a.O., S. 1281

3 Lutter, a.a.O., S. 72; Bayer, a.a.O., S. 1173, der vom Aufsichtsrat als einem Supervorstand spricht

4 Bayer, a.a.O., S. 1174; Hoffmann, a.a.O., S. 1281; Lutter a.a.O., S.71

5 Dazu Lutter, a.a.O., S. 71

Bei der Befürchtung, es würde eine personelle Überparität im Aufsichtsrat der Untergesellschaft entstehen, addiert man lediglich die Mitbestimmungseinflüsse in der Untergesellschaft. Läßt man die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens weiterhin vom paritätisch gewählten Vorstand der Beteiligungsgesellschaft wählen, ohne daß dieser an einen verbindlichen Beschluß der Anteilseignervertreter gebunden ist, so ist für die Frage, ob ein überparitätischer Einfluß zugunsten der Arbeitnehmer besteht, allein maßgebend, wie die Entscheidungen der Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat der Untergesellschaft inhaltlich aussehen. Selbst wenn man die paritätische Mitbestimmung in der Tochter voll bestehen läßt und berücksichtigt, daß in ihrem Aufsichtsrat Anteilseignervertreter sitzen, die vom paritätisch gewählten Vorstand des herrschenden Unternehmens berufen sind, so mag man zwar bei Addition der unmittelbaren und mittelbaren Arbeitnehmereinflüsse insgesamt von einer personellen Überparität zugunsten der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der Tochter sprechen können. Diese personelle Überparität wirkt sich aber bei Entscheidungen des Aufsichtsrates keinesfalls in dem Sinn aus, daß nunmehr das Arbeitnehmerinteresse ein Übergewicht erhält, weil die Anteilseignervertreter bereits unter mitbestimmungsrechtlichem Einfluß legitimiert worden sind. Der Fehler einer reinen Addition[1] von Arbeitnehmereinflüssen liegt darin, daß man den mitbestimmungsrechtlichen Einfluß in der Obergesellschaft den Arbeitnehmerinteressen im Aufsichtsrat der Untergesellschaft im Sinne eines einheitlichen Gesamtarbeitnehmerinteresses zuschlägt. Das Arbeitnehmerinteresse in der Konzernspitze ist dem Arbeitnehmerinteresse in der Untergesellschaft aber nicht gleichzusetzen. Das Arbeitnehmerinteresse im Aufsichtsrat der Obergesellschaft ist schon wegen der Legitimation der Arbeitnehmervertreter, die mit in die Vorstandsbestellung einfließt, konzernorientiert. Dagegen ist das Interesse der Arbeitnehmervertreter im abhängigen Unternehmen viel mehr spezifisch unternehmensbezogen.

---

1 Kritisch zu einem Additionsverfahren auch Lutter, a.a.O., S. 67

Es ist wenig wahrscheinlich, daß die vom paritätisch bestellten Vorstand der Obergesellschaft gewählten Anteilseignervertreter in der Untergesellschaft, denen meist Vorstandsmitglieder der Konzernspitze angehören, ihr Stimmrecht im Vertrags- und Eingliederungskonzern nach Anteilseigner- und Arbeitnehmereinflüssen aufteilen und so ein Stimmenübergewicht der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der Untergesellschaft herbeiführen. Es ist abwegig daran zu denken, daß solche Vertreter des herrschenden Unternehmens im Aufsichtsrat der Tochtergesellschaft eine andere Politik betreiben als sie in der Konzernspitze festgelegt worden ist. Die personelle Überparität wirkt sich damit auf Entscheidungen der Anteilseignerseite im Aufsichtsrat der Untergesellschaft nicht so aus, daß das Gleichgewicht von Kapital und Arbeit aufgehoben wird.
Dies nach der hier vertretenen Auffassung um so weniger, als der Aufsichtsrat der Tochter von seinem Zustimmungsrecht keinen Gebrauch machen kann, wenn Weisungen erteilt werden, so daß hier das Problem der personellen Überparität erst gar nicht entsteht.

Was das vertragslose Verhältnis des mehrheitlich beteiligten Unternehmens zu dem in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen angeht, trifft grundsätzlich nichts anderes zu, wenn man den Arbeitnehmern des abhängigen Unternehmens ein aktives und passives Wahlrecht zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens gibt und gleichzeitig paritätische Mitbestimmung im abhängigen beibehält.
Nach der hier vertretenen Ansicht (jedes Unternehmen behält seine mitbestimmungsrechtliche Eigenständigkeit) wird erst recht deutlich, daß es die personelle Überparität bei der Wahl der Anteilseignervertreter zum Aufsichtsrat der Untergesellschaft nicht erfordert, daß der mitbestimmungsrechtliche Einfluß in der Obergesellschaft ausgeschaltet wird. Denn die Arbeitnehmerinteressen in herrschendem und abhängigem Unternehmen sind spezifisch unternehmensbezogen. Die mitbestimmungsrechtliche Eigenständigkeit des herrschenden Unternehmens führt zwangsläufig dazu, daß die vom Vorstand in Ausübung des Beteiligungsrechts gewählten Vertreter des herrschenden Unternehmens im Aufsichtsrat des abhängigen eine eigenständige, im

herrschenden Unternehmen festgelegte Politik betreiben. Die Arbeitnehmerinteressen im herrschenden und abhängigen Unternehmen sind wegen der mitbestimmungsrechtlichen Selbständigkeit völlig anders gelagert. Hier kann von einem überparitätischen, einheitlichen Arbeitnehmerinteresseneinfluß im Aufsichtsrat des abhängigen Unternehmens nicht die Rede sein.

Eine andere Frage ist, inwieweit es gerechtfertigt erscheint, die inhaltliche Ausdehnung der Mitbestimmung auf solche Sachentscheidungen auszuschalten, die in einem unverbundenen Unternehmen allein der Hauptversammlung vorbehalten sind (Satzungsänderung, Maßnahmen der Kapitalbeschaffung usw.). Zählt man die Ausübung derartiger Beteiligungsrechte zu den Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands, ist es allerdings wenig einsichtig, weshalb man solche Entscheidungen dem mitbestimmungsrechtlichen Einfluß in der Obergesellschaft entziehen will. Das Unternehmen, das an einem anderen eine nicht unwesentliche Beteiligung hält, ist ein soziales Gebilde, das im Hinblick auf die Parität insbesondere von der Gleichwertigkeit von Kapital und Arbeit ausgeht[1]. Damit würde es in Widerspruch stehen, wenn das mehrheitlich beteiligte, paritätisch mitbestimmte Unternehmen in seiner Willensbildung bei den Entscheidungen in der Hauptversammlung des abhängigen Unternehmens nicht vom paritätisch gewählten Vorstand als Koordinierungszentrum von Anteilseigner- und Arbeitnehmerinteressen gleichberechtigt repräsentiert wird.
Zu einem anderen Ergebnis könnte man nur dann gelangen, wenn die Beteiligung allein das Produkt des eingesetzten Kapitals der Aktionäre wäre[2].

---

1 von Nell-Breuning, Festgabe Kronstein 67, S. 49/50

2 Differenzierend auch Duden, Festschrift Ballerstedt 75, S. 38 ff, 38

In den weitaus meisten Fällen beruht der Erwerb einer Beteiligung aber auf dem gemeinsamen Leistungseinsatz von Kapital und Arbeit im Unternehmen, d.h., die Arbeitnehmer haben mit ihrem Arbeitseinsatz einen gleichberechtigten Anteil am Erwerb der Beteiligung geschaffen[1].

Gewiß mag es Einzelfälle geben, bei denen es auf den ersten Anschein so aussieht, als sei die Beteiligung allein durch den Einsatz der Kapitalgeber ohne die Mitwirkung des Faktors Arbeit ermöglicht worden[2]. Für derartige Ausnahmen wird eine Regelung iS der §§ 29 RegE MitbG 74, 32 MitbG 76 und die Ausschaltung des mitbestimmungsrechtlichen Einflusses in der Obergesellschaft bei Ausübung von Beteiligungsrechten für gerechtfertigt erachtet[3].

Dies ist jedoch nicht unproblematisch. Den Kapitalgebern eines Unternehmens steht kein Recht zu, zweckgebundene, für den Vorstand verbindliche Beschlüsse über die Verwendung des eingebrachten Kapitals oder eines Teils zu treffen. Das wäre ein unzulässiger Eingriff in die Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands. Infolgedessen hat der Vorstand als geschäftsführendes Organ eigenverantwortlich zu entscheiden, ob eine Beteiligung erworben wird oder nicht. Entscheidet er sich für den Erwerb einer Beteiligung, wird diese Entscheidung bei paritätischer Mitbestimmung bereits von den Faktoren Kapital und Arbeit getragen. Die Entscheidung über den Erwerb einer Beteiligung mit dem allein von den Kapitalgebern aufgebrachten Kapital kann gleichzeitig unter die Zustimmungspflicht des Aufsichtsrats fallen.

Ist die Entscheidung, eine Beteiligung zu erwerben, bereits mitbestimmungsbeeinflußt, ist es nicht folgerichtig und sachwidrig, den Faktor Arbeit als Mitträger der Entscheidung über die Verwendung des aufgebrachten Kapitals dann auszuklammern, wenn es um die Ausübung der Rechte aus der Beteiligung geht.

---

1 Duden, a.a.O., S. 39 unterscheidet die Finanzierungsweisen aus ursprünglichem Eigenkapital, aus Gewinnen oder Rücklagen und aus Fremdmitteln

2 Duden, a.a.O., S. 39/4o: Finanzierung aus ursprünglichem Eigenkapital, zB bei Gründung des Unternehmens wird ein Teil des Stammkapitals gleich zum Erwerb einer Beteiligung bestimmt; die Mittel aus einer Kapitalerhöhung werden sofort dazu bestimmt

3 Duden, a.a.O., S. 40 und 41

Mit dem Einbringen eines Kapitalbeitrages in das Unternehmen haben sich die Kapitalgeber der Verfügungsgewalt darüber begeben und es dem Unternehmen als Sozialgebilde gewidmet, ebenso wie die Belegschaft ihre Arbeitskraft. Deshalb können die Kapitalgeber, auch wenn der Beteiligungserwerb allein aufgrund ihres Kapitaleinsatzes erfolgte, daraus keine Privilegien herleiten, wenn die Beteiligungsrechte in der Hauptversammlung des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens ausgeübt werden.

Zu einer entgegengesetzten Betrachtungsweise kann man nur über einen anderen Ausgangspunkt kommen. Dabei steht nicht die Frage im Vordergrund, ob die inhaltliche Ausdehnung der paritätischen Mitbestimmung gerechtfertigt ist oder nicht. Vielmehr fragt sich, inwieweit die These, die Verwaltung des Beteiligungsbesitzes eines Unternehmens gehöre zu den Geschäftsführungsaufgaben des Vorstands, noch ihre Berechtigung hat[1]. In überzeugender Weise ist der Nachweis erbracht worden, daß eine Anzahl von Rechten, die die Beteiligung in der Hauptversammlung der Untergesellschaft gewährt, in ihren Auswirkungen auf die Aktionäre in der Obergesellschaft denen entsprechen, die hier in die Kompetenz der Hauptversammlung fallen und damit in der Obergesellschaft dem Mitbestimmungseinfluß entzogen sind[2]. Daraus wird gefolgert, daß der Vorstand der Obergesellschaft bei Ausübung solcher Beteiligungsrechte nicht anders behandelt werden kann als würde er derartige Maßnahmen in der Obergesellschaft selbst für diese treffen und der Hauptversammlung zur Beschlußfassung vorlegen. Aus diesem Grund wird für die Ausübung der Beteiligungsrechte in der Hauptversammlung der Untergesellschaft vorgeschlagen, der Vorstand solle an die Hauptversammlung der Obergesellschaft entsprechend ihrer Haupt-

---

1 Lutter, Festschrift Westermann, 74, S. 35o, der als erster diese Frage aufwirft

2 Lutter, a.a.O., S. 352 ff insbesondere: Gewinnverwendung, Rücklagenbildung, Kapitalerhöhung, Unternehmenszusammenschlüsse und -verträge

versammlungszuständigkeit gebunden sein[1]. Da die Hauptversammlung wegen ihrer Schwerfälligkeit nicht das geeignete Organ sei, sei einem Aktionärausschuß oder einer Delegiertenversammlung das Votum über die Ausübung des Stimmrechts durch den Vorstand zu übertragen[2].
Auch hier wird der mitbestimmungsrechtliche Einfluß in der Obergesellschaft bei Ausübung bestimmter Beteiligungsrechte ausgeschaltet.
Der Fehler einer solchen Folgerung besteht jedoch darin, daß allein auf die berührten Interessen der Aktionäre in der Obergesellschaft abgestellt wird, ohne zugleich mit in Betracht zu ziehen, daß das Unternehmen als soziales Gebilde und Leistungseinheit, in dem die Interessen von Kapital und Arbeit gleichberechtigt wirken, Trägerin der Beteiligung ist und nicht die Aktionäre[3].

Ist der Beteiligungsbesitz und -erwerb das Ergebnis des gleichgewichtigen Einsatzes von Kapital und Arbeit im Unternehmen, so rechtfertigt die Tatsache, daß durch Ausübung bestimmter Beteiligungsrechte Interessen der Aktionäre in der Hauptversammlung der Obergesellschaft berührt werden, noch nicht, den mitbestimmungsrechtlichen Einfluß auf die Ausübung der Beteiligungsrechte allein zugunsten der Hauptversammlung der Beteiligungsgesellschaft teilweise wieder einzuschränken. Das widerspricht dem paritätischen Mitbestimmungsgedanken.

Allenfalls in den Fällen, in denen der Beteiligungserwerb allein auf dem Einsatz der Kapitalgeber beruht, könnte man eine Privilegierung der Hauptversammlung anerkennen. Dem steht jedoch wiederum entgegen, daß über den Erwerb einer Beteiligung Vorstand und Aufsichtsrat entscheiden und, wenn man konsequent bleiben will, auch über die

---

1 Lutter, a.a.O., S. 367
2 Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 8o
3 Siehe auch Kittner, AuR 76, S. 15

daraus fließenden Rechte entscheidungsbefugt sein sollten. Bei Ausübung von bestimmten Beteiligungsrechten könnte in Erwägung gezogen werden, ein Doppelzustimmungserfordernis von Aufsichtsrat und Hauptversammlung zu verankern. Inwieweit dies allerdings sinnvoll ist, mag dahinstehen. Um jedenfalls dem Gedanken echter Parität zu entsprechen, müssen die Nebenwirkungen auf die Hauptversammlung der Obergesellschaft bzw. deren Aktionäre hingenommen werden, wenn Beteiligungsrechte ausgeübt werden.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, daß Beteiligungsrechte, die Sachentscheidungen betreffen, eine Ausschaltung der mitbestimmungsrechtlichen Einflußnahme, indem die Zuständigkeit auf die Hauptversammlung der Obergesellschaft verlagert wird, nicht in Frage kommt. Auch eine inhaltliche bzw. personelle Ausdehnung der Mitbestimmung durch eine Regelung iS von §§ 29 RegE MitbG 74, 32 MitbG 76 muß nicht verhindert werden. Vorschriften solcher Art müssen bei paritätischer Mitbestimmung als verfehlt angesehen werden[1].

2) Der nach dem Division-Prinzip organisierte Konzern

Die Divisionalisierung[2] ist ein immer beliebter werdendes unternehmensorganisatorisches Instrument. Man versteht darunter die Aufteilung eines Unternehmens nach Geschäftsbereichen, in denen die Geschäftsbereichsleiter eigenverantwortlich und selbständig unternehmerische Entscheidungen treffen und so zur Gesamtgewinnmaximierung des Unternehmens beitragen[3]. Die im Konzern den Geschäftsbereichsleitern, meist unterhalb der

---

1 DGB, Zusammenfassende Stellungnahme, S. 2o; Leverkusener Kreis in Mayer/Reich, S. 194/195; DAG, Änderungsvorlage, Begr. zu § 29, S. 2o; zu § 15 MitbErgG Kunze, Das MitbGespräch 60, Heft 11, S. 1o ff, 12; grundsätzlich auch Duden, Festschrift Ballerstedt 75, S. 48

2 Sie beruht auf amerikanischem Vorbild; es sollen bereits 25 - 30 % der größeren deutschen Konzerne nach dem Divisions-Prinzip gegliedert sein; siehe Frisinger/Lehmann, DB 72, S. 2337 ff, 2337

3 Geitner, Die AG 74, S. 199 ff, 2oo; Hoffmann, BB 74, S. 1279; Anders, Marburger Gespräch 67, S. 23 ff, 28

Vorstandsebene der Konzernspitze, unterstellten Teilbereiche können sich quer durch sämtliche Gliedunternehmen ziehen[1]. Die Divisionalisierung im Konzern orientiert sich in erster Linie nicht an der rechtlichen Untergliederung des Konzerns, sondern vielmehr an betriebswirtschaftlichen Bedürfnissen[2].

Infolge der Verselbständigung der Geschäftsbereiche kommt es zu einer Verlagerung unternehmerischer Entscheidungen auf eine Ebene unterhalb des Konzernvorstands, die die gesellschaftsrechtliche Zuständigkeitsordnung weitgehend unterläuft[3]. Dadurch, daß die Geschäftsbereichsleitung in der Konzernzentrale angesiedelt ist, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die paritätische Mitbestimmung auf die konzernorganisatorische Gliederung nach dem Division-Prinzip hat.

Nach dem hier herausgearbeiteten Ergebnis findet paritätische Mitbestimmung im Vertrags- und Eingliederungskonzern nur in der Obergesellschaft in umfassender Weise statt, in der auch die Geschäftsbereichszentrale liegt.
Die Geschäftsbereichsleiter in der Konzernspitze müssen ihre unternehmerischen Entscheidungen in den dem Geschäftsbereich angehörenden Unternehmensabteilungen der Gliedgesellschaften durchsetzen können, soll die dezentrale Führungs- und Leitungsstruktur ihre Funktion sachgerecht erfüllen. Dies kann mit Hilfe des Weisungsrechts geschehen. Zwar spricht grundsätzlich der Vorstand der Konzernspitze als geschäftsführendes Organ Weisungen aus, jedoch ist es zulässig, wenn der Konzernvorstand das Weisungsrecht auf die Geschäftsbereichsleiter delegiert[4].

---

1 Hoffmann, a.a.O.; Hölters, BB 75, S. 803; Frisinger/Lehmann, a.a.O.; Geschäftsbereiche sind quasi "Unternehmen im Unternehmen"

2 Bayer, DB 75, S. 1170; Biedenkopf, Festschrift L. Raiser 74, S. 346

3 Biedenkopf, a.a.O.; Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 50; Hölters, a.a.O.

4 Würdinger in Großkomm. AktG, § 308 Anm. 4

Ist somit die Durchsetzung der Geschäftsbereichsleiter in den Abteilungen der Untergesellschaften gewährleistet, ist nun von Interesse, welchen Einfluß der Aufsichtsrat und unter mitbestimmungsrechtlichem Aspekt insbesondere die Konzernarbeitnehmervertreter auf Auswahl und Entscheidungen der Geschäftsbereichsleiter haben.
Die Geschäftsbereichsleiter treffen wichtige unternehmerische Entscheidungen für das Konzernganze[1].
Das AktG 65 ist so konzipiert, daß unternehmerische Entscheidungen vom Vorstand getroffen werden. Das organisationsrechtliche Instrument der Divisionalisierung paßt nicht recht in das gesellschaftsrechtliche Gefüge.
§ 84 AktG betrifft lediglich die Vorstandswahl und -abberufung. Eine entsprechende Anwendung des § 84 AktG auf Geschäftsbereichsleiter widerspricht Sinn und Zweck dieser Vorschrift. Denn einmal trägt der Vorstand auch weiterhin die Gesamtverantwortung für das Unternehmen (den Konzern), zum anderen gehören personalpolitische Entscheidungen unterhalb der Vorstandsebene zu den Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands[2].
So bleibt nur noch die Einflußmöglichkeit des Aufsichtsrats der Konzernspitze über § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG.
Zunächst wäre in Erwägung zu ziehen, dem Aufsichtsrat ein Zustimmungsrecht hinsichtlich der Auswahl der Geschäftsbereichsleiter durch den Vorstand einzuräumen. Jedoch widerspricht es dem Status des Vorstands, Personalentscheidungen unterhalb der Vorstandsebene an die Zustimmung des Aufsichtsrats zu binden[3]. Ihm muß es selbst im Interesse einer vertrauensvollen Zusammenarbeit überlassen bleiben, welchen Personen er die Leitung eines Geschäftsbereichs überträgt, für die er letztlich auch die Verantwortung übernimmt. Zudem hat nur der Vorstand einen Überblick über die fachliche Qualifikation von Personen, die ihm für einen derartigen verantwortungsvollen Posten geeignet erscheinen. Ein Zustimmungsrecht des Auf-

---

1 Hölters, a.a.O., S. 803; Geitner, a.a.O., S. 200
2 Hölters, a.a.O., Geitner, a.a.O., S. 201
3 Siehe Geitner, a.a.O., S. 200/201

sichtsrats wäre ein zu starker Eingriff in die Geschäftsführung des Vorstands.

Ebenso scheidet eine Einflußnahme des Aufsichtsrats über § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG auf Maßnahmen der Geschäftsbereichsleiter aus, weil sich diese Vorschrift nur auf Maßnahmen des Vorstands bezieht und die Geschäftsbereichsleiter dem Aufsichtsrat gegenüber nicht verantwortlich sind, sondern nur dem Vorstand gegenüber. Eine entsprechende Anwendung stößt auf Bedenken, weil dann Legitimation und Kontrolle auseinanderfallen würden. Nur wer die Legitimationsberechtigung hat, hat auch das Recht, sich eine Zustimmung zu bestimmten Maßnahmen des Legitimierten vorzubehalten.
Man steht also bei dem nach einem Division-Prinzip organisierten Vertrags- oder Eingliederungskonzern vor dem etwas befremdlich wirkenden Ergebnis, daß sich der mitbestimmungsrechtliche Einfluß in der Konzernspitze bei Maßnahmen der Geschäftsbereichsleitung lediglich über den paritätisch gewählten Vorstand verwirklichen kann. Es sei denn, einige Entscheidungen der Geschäftsbereichsleiter werden aus irgendwelchen Gründen dem Vorstand zur Entscheidung vorgelegt.
Dem Einfluß des Aufsichtsrats gemäß § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG kann aber nicht die Entscheidung darüber entzogen werden, ob der Konzern nach Geschäftsbereichen aufgebaut werden soll, weil es sich um eine den Konzern als Ganzes betreffende, wesentliche konzernpolitische Entscheidung handelt.
Inwieweit wegen des nachfolgenden mitbestimmungsrechtlichen Ausfalls harte Auseinandersetzungen mit den Konzernarbeitnehmervertretern die Folge sind und ihnen die Einwilligung zur Divisionalisierung unter Umständen durch Konzessionen abgehandelt werden muß, muß offenbleiben. Besteht die Divisionalisierung allerdings bei Einführung paritätischer Mitbestimmung, bleibt unter der gegebenen aktienrechtlichen Lage nichts anderes übrig als den Aufsichtsrat auf die oben erwähnten Einflußmöglichkeiten zu verweisen und ansonsten die Geschäftsbereichsleitung mit in die Kontrolle des Auf-

sichtsrats über den Vorstand einzubeziehen[1].

Im "faktischen" Konzern werden sich etwaige Divisionalisierungsbestrebungen im herrschenden Unternehmen in gleicher Weise wie im Vertrags- und Eingliederungskonzern entwickeln.
Im abhängigen Unternehmen unterliegt eine solche organisatorische Maßnahme allerdings dem Zustimmungserfordernis des Aufsichtsrats. Aber selbst wenn in der Untergesellschaft die Divisionalisierung hingenommen wird, kann jede wichtige Entscheidung der Geschäftsbereichsleitung in der Obergesellschaft dem Einfluß des paritätisch besetzten Aufsichtsrats in der Untergesellschaft unterliegen. Das gilt ebenso mit Einführung paritätischer Mitbestimmung bei schon bestehender Divisionalisierung.
Eine Ausschaltung des Aufsichtsrats des abhängigen Unternehmens ist nur dann möglich, wenn der Vorstand den "Leiter" der eigenen Unternehmensabteilung, die dem Geschäftsbereich unterstehen soll, anweist, den Entscheidungen der Geschäftsbereichsleitung in der Obergesellschaft Folge zu leisten, wenn man eine solche Anweisung nicht für zustimmungsmöglich erklärt. Selbst wenn dies nicht der Fall sein sollte, ist kaum damit zu rechnen, daß sich der Vorstand der Untergesellschaft zu einer solchen Maßnahme bewegen läßt und den Konflikt mit den Arbeitnehmervertretern im eigenen Aufsichtsrat sucht. Immerhin ist er in seiner Wiederbestellung mit von den Arbeitnehmervertretern abhängig.
Es zeigt sich also, daß eine Organisation nach dem Division-Prinzip im "faktischen" Konzern bei paritätischer Mitbestimmung im abhängigen Unternehmen ungleich schwieriger durchzuführen ist, weil der Vorstand der Untergesellschaft weisungsungebunden ist und Entscheidungen der Geschäftsbereichsleitung hier mit dem Arbeitnehmereinfluß konfrontiert werden[2].

---

1 Siehe die unberechtigten Befürchtungen von Hoffmann, BB 74, S. 1279

2 Siehe Biedenkopf, Festschrift L. Raiser 74, S. 346/347, der davon berichtet, daß gerade im faktischen Konzern durch Divisionalisierung Weisungsverhältnisse unterlaufen oder ignoriert werden, von denen das faktische Konzernrecht ausgeht

4. Teil: Einfluß paritätischer Mitbestimmung auf Konzerne unter Beteiligung anderer Gesellschaftsformen

A) GmbH-Konzernrecht und paritätische Mitbestimmung

Ende 1974 existierten in der Bundesrepublik 122 248 Gesellschaften mbH[1]. Es ist deshalb nicht verwunderlich, wenn im Rahmen des Konzentrationsprozesses die Bedeutung der GmbH im Konzernverbund immer größer wird. Zwar ist ein GmbH-Konzernrecht noch nicht gesetzlich kodifiziert, doch sind Bestrebungen ersichtlich, dies in enger Anlehnung an das Konzernrecht im AktG zu tun[2].

I) Einheitliche Leitungsausübung in der paritätisch mitbestimmten GmbH eines sogenannten faktischen Konzerns

1) Die Verfassung der GmbH de lege lata[3]

Nach dem GmbHG ist die Gesellschafterversammlung anders als die Hauptversammlung einer AG oberstes Willensbildungsorgan[4]. Die Kompetenzen der einzelnen GmbH-Organe sind gegeneinander nicht strikt abgegrenzt wie in der AG. Die weitgehende Freiheit der Gesellschafterversammlung in der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung beeinflußt in erheblichem Maße die Rechte der Organe Aufsichtsrat und Geschäftsführer.

Die Geschäftsführer der GmbH werden von der Gesellschafterversammlung bestellt und abberufen (§ 46 Ziff. 5 GmbHG). Wenn auch die Vertretungsmacht der Geschäftsführer nicht beschränkt werden kann (§ 37 Abs. 2 GmbHG), so sind sie doch im Innenverhältnis verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, die ihnen durch den Gesellschaftsvertrag oder einfachen Beschluß der Gesellschafterversammlung auferlegt sind (§ 37 Abs. 1 GmbHG)[5]. Daran wird deutlich, daß alles das, was Inhalt des Gesellschaftsvertrages werden kann, auch einem Beschluß der Gesellschafter gemäß § 47 GmbHG unter-

---

1 WiWo vom 5.12.75, S. 28

2 RegE eines GmbH-Gesetzes, BT-Drucksache VI/3088

3 Die Veränderungen aufgrund mitbestimmungsrechtlicher Regelungen seien vorerst unberücksichtigt

4 Balser/Meyer/Pichura, Die GmbH, S. 87; Schilling in Hachenburg, Kommentar zum GmbHG, § 45 Anm. 1

5 Entspricht etwa § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG

worfen werden kann[1]. Das Recht zu einer solchen Beschlußfassung enthält gleichzeitig ein Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern, dem eine Befolgungspflicht entspricht. Gerade in diesem Weisungsrecht kommt zum Ausdruck, daß die Gesellschafterversammlung oberstes Willensbildungsorgan in der GmbH ist, es sei denn, ein maßgeblich beteiligter Gesellschafter ist Geschäftsführer der GmbH. Sofern gesellschaftsvertragliche Bestimmungen nicht entgegenstehen, können die Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung zum bloßen Vollzugsorgan gemacht werden.

Der Aufsichtsrat, ob nun nach dem BetrVG obligatorisch oder gemäß § 52 GmbHG fakultativ eingerichtet, ist vom Wohlwollen der Gesellschafterversammlung in der Weise abhängig, als es in ihrem Belieben steht, ob sie dem Aufsichtsrat einen Teil ihrer Befugnisse überträgt oder nicht[2]. Im Grunde genommen ist er nur ein Organ, das für seine Mitglieder unternehmerische Zusammenhänge deutlicher vermittelt[3].

Die unternehmerische Leitung der GmbH braucht somit nicht in Händen der Geschäftsführer im Zusammenspiel mit dem Aufsichtsrat zu liegen. Sie ist in vielen Fällen der Gesellschafterversammlung vorbehalten, von der aus sämtliche unternehmerische Aktivitäten gesteuert werden können.
Diese rechtlich eingeräumte Machtverteilung in der GmbH findet eine entsprechende Parallele im sogenannten faktischen AG-Konzern unter Geltung der BetrVG-Mitbestimmung, nur mit dem Unterschied, daß es sich dort zum einen um eine tatsächliche Machtverlagerung handelt, zum anderen um eine Verlagerung auf den Aufsichtsrat der Untergesellschaft[4].

2) Bisherige GmbH-Konzernierung auf faktischer Grundlage

Die starke Stellung der Gesellschafterversammlung in der GmbH verleiht einem Unternehmen als mehrheitlich beteiligtem Gesellschafter eine starke Machtposition. Dem mehrheitlich beteilig-

1 Schilling, a.a.O., § 37 Anm. 3

2 Bemerkenswert ist, daß selbst bei einem mitbestimmten Aufsichtsrat nach dem BetrVG dieser kein Recht zur Bestellung der Geschäftsführer hat!

3 So Martens, ZHR 138 (1974), S. 219

4 Siehe S. 69/70

ten Unternehmen kommt der maßgebliche Einfluß in der Gesellschafterversammlung und damit zugleich auch auf die Geschäftsführung zu. Die Richtlinien der Unternehmenspolitik kann es weitgehend allein bestimmen, so daß es ihm ohne große Schwierigkeiten möglich ist, die GmbH seinem Willen unterzuordnen und beherrschenden Einfluß im Sinne konzerneinheitlicher Leitung direkt über die Gesellschafterversammlung mittels der Mehrheitsbeteiligung auszuüben.
So ist denn auch in der Unternehmenspraxis der sogenannte faktische Konzern fast ausschließlich anzutreffen[1]. Eine legale konzernmäßige Beherrschung der GmbH über die Gesellschafterversammlung mittels der Mehrheitsbeteiligung läßt sogar die Frage aufkommen, inwieweit der GmbH-Konzern bzw. der Vertrags-GmbH-Konzern überhaupt einer gesetzlichen Regelung bedarf[2].

3) Paritätische Mitbestimmung und geltendes GmbH-Recht

Im Vergleich zur AG, in der der Hauptversammlung kein Weisungsrecht in bezug auf Geschäftsführungsmaßnahmen des Vorstands zusteht, macht es in der GmbH besondere Schwierigkeiten, den obligatorischen, paritätisch (oder nach dem MitbG 76) besetzten Aufsichtsrat mit autonomen Rechten auszustatten und damit den Mitbestimmungseinfluß der Arbeitnehmer wirksam zu machen. Inwieweit dies gerade einem beim Aufsichtsrat ansetzenden paritätischen Mitbestimmungsmodell, das die Kompetenzverteilung in der GmbH grundsätzlich unangetastet lassen soll, gelingen kann, ist fraglich.

---

1 Eder, GmbH-Rundschau 70, S. 249 ff, 250; siehe auch Emmerich, Die AG 75, S. 285 ff, 289

2 Eder, a.a.O., S. 250 und 252

Will man die paritätische Mitbestimmung in die bisherige gesellschaftsrechtliche Zuständigkeitsordnung einfügen, so kann sich die Mitbestimmung nur dann erfolgversprechend entfalten, wenn vom Gesetzgeber schon unter gesellschaftsrechtlichen Aspekten eine fest umrissene Kompetenzabgrenzung der einzelnen Gesellschaftsorgane festgelegt ist. Es verwundert nicht, daß man die Diskussion um die Mitbestimmung vornehmlich bei der AG führt und von hier aus die Erfahrungen auf andere Gesellschaftsformen überträgt.
In der GmbH aber verfügen die Gesellschafter über eine weitgehende Autonomie. Zum einen nehmen sie nicht nur die Stellung von Kapitalgebern ein, wie die Aktionäre in der AG, zum anderen weist die GmbH noch personalistische Züge auf[1]. Wo diese personalistischen Züge fehlen, muß die GmbH bezüglich der paritätischen Mitbestimmung unter Umständen anders behandelt werden.
Jedenfalls lassen sich die Privatautonomie der GmbH-Gesellschafter und eine wirkungsvolle (paritätische) Aufsichtsratsmitbestimmung wie in der AG nur schwer in Einklang bringen.

4) Einfluß des mehrheitlich beteiligten Unternehmens in der paritätisch mitbestimmten GmbH-Untergesellschaft

Man erweist dem Mitbestimmungsgedanken einen schlechten Dienst, wenn man den Aufsichtsrat der GmbH lediglich paritätisch mit Arbeitnehmer- und Gesellschaftervertretern besetzt, ohne dem Aufsichtsrat zugleich Befugnisse einzuräumen, die eine wirksame Einflußnahme auf unternehmerische Entscheidungen der Geschäftsführer gewähren.

a) Bestellung und Anstellung der Geschäftsführer

Gemäß § 35 GmbHG wird die GmbH durch den oder die Geschäftsführer gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Die Geschäftsführer sind für den gesamten technischen und kaufmännischen Bereich des Unternehmens zuständig[2].

---

1 Siehe dazu auch Martens, DB 7o, S. 813 ff, 814; Centrale für GmbH, GmbH-Rundschau 74, S. 273

2 Sudhoff, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, S. 148

Nach §§ 6 Abs. 2 Satz 2, 46 Ziff. 5 GmbHG bestellt die Gesellschafterversammlung die Geschäftsführer.
Bei paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung muß man dieses Recht dem Aufsichtsrat übertragen[1]. Gerade diese personalpolitische Entscheidung gehört zur paritätischen Mitbestimmung, da sie das geeignetste Mittel ist, auf die Unternehmenspolitik Einfluß zu nehmen.
Wegen der personalistischen Struktur der GmbH ist es nicht ganz bedenkenfrei[2], dem Aufsichtsrat das Recht zu geben, die Geschäftsführer zu wählen. Da die GmbH aber sowohl personalistische als auch kapitalistische Züge (keine Haftung der Gesellschafter bzw. der Geschäftsführer für Verbindlichkeiten der GmbH) aufweist, wird man dies aber hinnehmen können. Dann hat das mehrheitlich beteiligte Unternehmen die Geschäftsführerpersonalhoheit in der Gesellschafterversammlung und im Aufsichtsrat der in Mehrheitsbesitz stehenden GmbH verloren.

Auch die §§ 12 Montan-MitbG, 28 Abs. 1 RegE MitbG 74, 31 Abs. 1 MitbG 76, jeweils iVm § 84 AktG, sehen zwingend die Wahl der Geschäftsführer durch den Aufsichtsrat vor. Nur wenn die Arbeitnehmer lediglich nach dem BetrVG beteiligt sind, bleibt die Bestellung der Geschäftsführer weiter in den Händen der Gesellschafterversammlung[3] und damit in erster Linie beim Mehrheitsgesellschafter.
Der RegE MitbG 74 sieht in seinem mittlerweilen berühmt gewordenen § 28 Abs. 4 Satz 2 und 3 ein Letztentscheidungsrecht der Gesellschafterversammlung vor, wenn im Aufsichtsrat keine Einigkeit über die Geschäftsführerbestellung erzielt werden kann. Nur in diesem Fall hat das mehrheitlich beteiligte Unternehmen berechtigte Chancen, konzerninteressierte Geschäftsführer in der Untergesellschaft zu bestellen. Derartig ernste und praktische Bedenken wie bei der AG[4], das Letztentscheidungsrecht in die Gesellschafterversammlung zu legen, bestehen

---

1 So das MitbG 76 und das Montan-MitbG

2 Centrale für GmbH, a.a.O., S. 274/275

3 Loos, DB 74, S. 823; allerdings strittig wegen des Fehlens eines Verweises auf § 84 AktG in § 77 BetrVG, vgl. Sudhoff, S. 152/153

4 Siehe bereits S. 54 ff

in der GmbH nicht, weil diese wegen der meist nur geringen Gesellschafterzahl leichter einzuberufen ist. Auch der Prestigeverlust eines Geschäftsführerkandidaten, zumal wenn er selbst Gesellschafter ist oder - im Fall einer Mehrheitsbeteiligung realistischer - aus den Reihen der Beteiligungsgesellschaft kommt, dürfte weitaus geringer sein als in der AG[1]. Weil eine Regelung iS von § 28 Abs. 4 Satz 2 und 3 RegE MitbG 74 in der GmbH leicht angewandt werden könnte und den Mitbestimmungseinfluß ausschalten würde, sollte eine derartige Regelung niemals Gesetz werden.

Trotzdem fragt sich, ob nicht die Gesellschafterversammlung und hier insbesondere der Mehrheitsgesellschafter Einfluß auf die Geschäftsführerbestellung nehmen kann. Denn die Geschäftsführerbestellung durch den paritätisch besetzten Aufsichtsrat beinhaltet nicht unbedingt ein Auswahlrecht des Aufsichtsrats. Bislang jedenfalls konnte die Gesellschafterversammlung kraft ihrer Kompetenzen den Kreis der zu bestellenden Geschäftsführer durch Aufstellen bestimmter Kriterien im Gesellschaftsvertrag oder durch einfachen Beschluß so weit konkretisieren, daß dem Aufsichtsrat kaum noch ein eigenes Auswahlrecht verblieb (zB der zu bestellende Geschäftsführer muß aus der Familie A kommen)[2].
Bei paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung dürfte es aber mit der Stellung des GmbH-Aufsichtsrats als selbständigem Organ unvereinbar sein, sich in dieser Frage Vorschriften machen lassen zu müssen. Die Bestellung ist lediglich ein formaler Akt. Paritätische Mitbestimmung bedeutet gerade auch die gleichberechtigte und -gewichtige Teilhabe am Auswahlprozeß der Geschäftsführer. Maßgeblich ist in erster Linie die Entscheidung über die Qualifikation eines Bewerbers; die Bestellung ist lediglich sekundärer Natur. In der Bestellung drückt sich aber letztlich die Verantwortung des Aufsichtsrats für die Qualifikation des Bewerbers aus, so daß Bestellung und Auswahl untrennbar zusammenhängen.

---

1 Siehe auch Hoffmann, GmbH-Rundschau 74, S. 78; Loos, a.a.O., S. 824; schriftliche Abstimmung reicht sogar aus, § 48 Abs. 2 GmbHG

2 Sudhoff, S. 153; Schilling in Hachenburg, § 46 Anm. 21 a

Daß dem paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat der GmbH das Geschäftsführerauswahlrecht nicht beschnitten werden kann, bedarf einer klarstellenden gesetzlichen Regelung[1]. Die einfachste Lösung wäre, in Anlehnung an § 4 Abs. 3 Montan-MitbG eine Regelung einzuführen, die verdeutlicht, daß der Aufsichtsrat an Aufträge und Weisungen der Gesellschafterversammlung nicht gebunden ist.
Fraglich erscheint dann nur noch, ob man die von der Bestellung zu trennende Anstellung dem Aufsichtsrat übertragen muß. Dies wird deshalb bejaht, weil sonst die Gesellschafterversammlung über die Anstellung Druck auf den Aufsichtsrat hinsichtlich der zu bestellenden Geschäftsführer ausüben könnte[2]. Eine Übertragung der Anstellung auf den Aufsichtsrat ist aber nicht erforderlich. Wenn die Geschäftsführer bestellt sind, muß die Gesellschafterversammlung sie praktisch auch anstellen, da sonst ein vertragloser Zustand herrscht, während alle Kompetenzen bereits bei den Geschäftsführern liegen.

b) Zustimmungspflichtigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen

Die Gesellschafterversammlung der GmbH und somit zugleich auch die Beteiligungsgesellschaft haben bei paritätischer Mitbestimmung die Geschäftsführerpersonalhoheit verloren. Dementsprechend ist die Beteiligungsgesellschaft nicht mehr in der Lage, allein eine das Konzerninteresse vertretende Geschäftsführung zu bestellen. Damit ist allerdings noch nicht entschieden, ob dem mehrheitlich beteiligten Unternehmen auf die Geschäftsführung nicht noch genügende Einflußmöglichkeiten verbleiben, um selbst die konzerneinheitliche Leitung sicherzustellen.

Dazu bedarf es einer Kompetenzabgrenzung zwischen den Rechten des obligatorischen, paritätisch besetzten Aufsichtsrats und der Gesellschafterversammlung hinsichtlich der Einflußmöglichkeit auf unternehmerische Sachentscheidungen in der in Mehrheitsbesitz stehenden GmbH.
Wegen der Kompetenzaufteilung nach GmbH-Recht (eindeutig zugunsten der Gesellschafterversammlung) einerseits und der Absicht der paritätischen Aufsichtsratsmitbestimmung andererseits, stellt sich die entscheidende Frage, inwieweit die

1 So auch Raiser, BB 76, S. 150 für das MitbG 76

2 Loos, a.a.O., S. 824; siehe dazu auch Sudhoff, S. 152 und 153

Rechte der Gesellschafterversammlung über die Geschäftsführerbestellung hinaus durch die paritätische Mitbestimmung beschnitten werden müssen und können.

Hält man auch bei paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung an der bisherigen, recht schwachen Position der Geschäftsführer fest[1], kann es letzten Endes soweit kommen, daß sich der paritätische Mitbestimmungseinfluß auf Geschäftsführungsmaßnahmen in der GmbH nur über zustimmungspflichtige Geschäfte entfalten kann. Denn allein über die paritätische Bestellung der Geschäftsführung läßt sich der mitbestimmungsrechtliche Einfluß auf unternehmerische Entscheidungen kaum verwirklichen, weil die Geschäftsführer im Innenverhältnis in ihren Kompetenzen völlig von der Gesellschafterversammlung (dem Mehrheitsgesellschafter) abhängen. Die Geschäftsführung kann ausnahmslos in die Hände der Gesellschafterversammlung, in der die Beteiligungsgesellschaft die Mehrheit hat, verlagert werden.
Deshalb verdient gerade die Zustimmungsbedürftigkeit von Geschäftsführungsmaßnahmen im paritätisch besetzten Aufsichtsrat besondere Beachtung.

Problematisch wird das Verhältnis zwischen dem paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat und der Gesellschafterversammlung erst dann, wenn man dafür eintritt, daß der Aufsichtsrat selbst bestimmte

---

1 Dazu Ballerstedt, ZHR 135 (1971), S. 479 ff, 506, der sich dafür ausspricht, daß die Leitung eines GmbH-Großunternehmens wie bei der AG keinen Eingriffen seitens anderer ausgesetzt sein darf; so auch § 18 des DGB-Entwurfs eines Mitbestimmungsgesetzes in Das MitbgGespräch 73, S. 210

Geschäfte seiner Zustimmung unterwerfen kann. Hier wird deutlich, daß ein Spannungsverhältnis zwischen dem Zustimmungs- und insbesondere dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung einerseits, die in erster Linie dem mehrheitlich beteiligten Unternehmen zur Wahrnehmung konzerneinheitlicher Leitung zugute kommen, und dem Recht des Aufsichtsrats anderseits, bestimmte Geschäfte aus eigener Autonomie an seine Zustimmung zu binden, entstehen kann. Die Besonderheit besteht zudem noch darin, daß sich ein Zustimmungsrecht des Aufsichtsrats einmal auf Geschäftsführungsmaßnahmen der Geschäftsführer selbst beziehen würde, soweit ihnen die Gesellschafterversammlung einen freien Handlungs- und Entscheidungsspielraum gewährt hat. Zum anderen, was im Fall einer Mehrheitsbeteiligung zum Zwecke konzerneinheitlicher Leitung der häufigere Fall sein wird, auf Maßnahmen (konzernleitende Maßnahmen des Mehrheitsgesellschafters), die auf einem Beschluß der Gesellschafterversammlung beruhen und die sie mittels des Weisungsrechts zur Ausführung durch die Geschäftsführer durchsetzen will.
Läßt man das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung uneingeschränkt bestehen, kann selbst das autonome Zustimmungsrecht des paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrats jederzeit überspielt werden.
Die Klärung dieses Konfliktverhältnisses wird schon bei Gesellschaften mbH, die dem Montan-MitbG unterliegen, unterschiedlich beurteilt. Der hier einschlägige § 3 Abs. 2 Montan-MitbG verweist zwar hinsichtlich der Rechte des obligatorischen Aufsichtsrats in der GmbH auf eine sinngemäße Anwendung der Vorschriften des AktG und damit auch auf den jetzigen § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG. Die Vorschrift nimmt aber nicht dazu Stellung, wie sich das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrats zum Zustimmungsrecht und im besonderen auch zum Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung verhält.

Nach überwiegender Auffassung wird § 3 Abs. 2 Montan-MitbG aus Gründen einer weitgehenden Wahrung der Rechtsform der GmbH dahingehend interpretiert, daß er die Weisungsbefugnis der

Gesellschafterversammlung in keiner Weise einschränkt[1].
Nach einer Mindermeinung dagegen widerspricht es Sinn und Zweck paritätischer Mitbestimmung, daß der Aufsichtsrat von der Gesellschafterversammlung mittels eines Weisungsrechts übergangen werden kann[2] [3].

Auch der RegE MitbG 74 und das MitbG 76 haben diese Streitfrage offengelassen. §§ 23 Abs. 1 Ziff. 2 RegE MitbG 74, 25 Abs. 1 Ziff. 2 MitbG 76 verweisen zwar ausdrücklich auf den gesamten § 111 AktG und somit auch auf Abs. 4 Satz 2 AktG. Aus der weitgehenden Beibehaltung des geltenden Gesellschaftsrechts durch den RegE und das MitbG 76[4] und unter Berufung auf § 23 Abs. 2 RegE MitbG 74 (vgl. den inhaltsgleichen § 25 Abs. 2 MitbG 76) wird aber gefolgert, daß auch der RegE MitbG 74 das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern nicht beseitigt hat[5].
Dieses Kompetenzspannungsverhältnis zwischen Gesellschafterversammlung und Aufsichtsrat gründet sich darauf, daß man die AG für ein (paritätisches) Mitbestimmungsmodell wählt und dieses Modell ohne Berücksichtigung anders gearteter Kompetenzverteilungen auf andere Kapitalgesellschaften überträgt. Aber schon mit Rücksicht auf eine eindeutige Verhaltensorientierung der GmbH-Geschäftsführer muß dieser Kompetenzkonflikt aus Gründen der Rechtsklar- und Rechtssicherheit vom Gesetzgeber eindeutig aufgelöst werden.
Welchen Weg man zur Lösung des Konflikts zwischen dem Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung nach GmbH-Recht und der Befugnis des

---

1 Schmidt in Hachenburg, § 52 Anhang II, Anm. 2 und 7; Kötter, § 3 MitbG, Anm. 6; Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, Schlußanhang III., § 15 Montan-MitbG, Anm. 2) B.

2 Müller/Lehmann, § 3 Montan-MitbG, Rdnr. 30 und 29; Spieker, Der Aufsichtsrat der mitbestimmten Montan-GmbH, S 103 und 105

3 Nach Ballerstedt, ZHR 135 (1971), S. 503 hat diese ungelöste Frage in der Praxis deshalb keine Schwierigkeiten bereitet, weil es nur wenige Gesellschaften mbH gibt, die unter das Montan-MitbG fallen

4 Das MitbG 76 baut auf der Grundlage des RegE MitbG 74 auf

5 Hoffmann, GmbH-Rundschau 74, S. 75; siehe auch Centrale für GmbH, GmbH-Rundschau 74, S. 280

Aufsichtsrats, bestimmte Geschäfte aus eigener Autonomie für zustimmungspflichtig zu erklären, einschlägt, hängt maßgeblich davon ab, welchen Einfluß man der paritätischen Mitbestimmung (oder auch dem MitbG 76) auf das Gesellschaftsrecht zubilligt.

Ist man der Ansicht, daß paritätische Aufsichtsratsmitbestimmung das geltende Gesellschafts- und damit das GmbH-Recht ansonsten völlig unangetastet lassen soll, weil die paritätische Mitbestimmun einen Fremdkörper darstellt und aus diesem Grund einer engen Auslegung im GmbH-Recht bedarf, muß der Konflikt zugunsten der Gesellschafterversammlung gelöst werden. Die Gesellschafterversammlung bleibt oberstes Willensbildungsorgan und das Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern weiter umfassend in ihren Händen[1]. Beläßt man der Gesellschafterversammlung die weitgehende gesellschaftsrechtliche Gestaltungsautonomie, verbleibt ihr trotz paritätischer Mitbestimmung auch das Entscheidungsrecht darüber, ob der Aufsichtsrat aus eigener Autonomie bestimmte Geschäfte für zustimmungsbedürftig erklären kann und in welchem Umfang[2]. Es ist dann wenig sinnvoll, sich dafür einzusetzen, daß der Aufsichtsrat selbst bestimmte Geschäfte zustimmungspflichtig machen kann, wenn das Zustimmungsrecht durch das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung doch wieder außer Kraft gesetzt werden kann.

Paritätischer Mitbestimmungseinfluß auf konzernpolitische Maßnahmen kann nur dann zur Geltung kommen, wenn der Mehrheitsgesellschafter bereit ist, den Kreis der Geschäfte, die der Aufsichtsrat seiner Zustimmung unterstellen kann, möglichst weit zieht. Ein wohl mehr hypothetischer Ausnahmefall bei einer in Mehrheitsbesitz stehenden GmbH, die konzernmäßig beherrscht werden soll.

---

1 Siehe Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 58

2 Martens, ZHR 138 (1974), S. 221; Hölters, BB 75, S. 799

Unter diesen Umständen bleibt dem Aufsichtsrat der abhängigen GmbH nur eine Überwachungs- und Kontrollfunktion gegenüber den Geschäftsführern[1], die ihrerseits wiederum wegen des uneingeschränkten Weisungsrechts von der Gesellschafterversammlung und dem Mehrheitsgesellschafter abhängig sind.
Selbst wenn die Gesellschafterversammlung aus rein organisatorischen Gründen nicht in der Lage sein sollte, die Geschäftsführung stets durch Weisungen an sich zu ziehen, ist sie keineswegs gezwungen, bestimmte Befugnisse auf den paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat zu übertragen und damit Entscheidungen der Geschäftsführer dem Mitbestimmungseinfluß auszusetzen. Vielmehr würde es die Gestaltungsautonomie der Gesellschafterversammlung erlauben, einem aus Gesellschaftern bestehenden Beirat Befugnisse zu übertragen, zu denen auch das Weisungsrecht gehören kann, soweit nicht zwingende gesetzliche Vorschriften und die dem Aufsichtsrat zustehenden Rechte (praktisch nur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer, Überwachungs- und Kontrollrechte) verletzt werden[2]. In diesem Beirat verfügt dann wiederum das mehrheitlich beteiligte Unternehmen über den maßgeblichen Einfluß.
Es zeigt sich, daß der Gesellschafterversammlung und besonders einem mehrheitlich beteiligten Unternehmen genügend Mittel zur Verfügung stehen, die Bedeutung des paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrats auf ein Mindestmaß zu senken, wenn man der Gesellschafterversammlung die Kompetenzen so beläßt, als würde es praktisch kein mitbestimmtes Organ geben. So gesehen läßt sich eine GmbH bei paritätischer Mitbestimmung auch auf vertragsloser Grundlage aus der Gesellschafterversammlung heraus durch das mehrheitlich beteiligte Unternehmen beherrschen, wenn man es für rechtlich unzulässig erach-

---

1 Wobei es dann allerdings noch sehr die Frage wäre, inwieweit das Kontroll- und Überwachungsrecht der Gesellschafterversammlung gemäß § 46 Ziff. 6 GmbHG nicht im Konfliktfall Vorrang hat, vgl. den Meinungszustand zur Montan-Mitbestimmung bei Spieker, a.a.O., S. 93 ff

2 Siehe Hölters, a.a.O., S. 799

tet, die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung einzuengen.

Eine solche Lösung kann bei paritätischer Aufsichtsratsmitbestimmung (wie auch beim MitbG 76) nicht befriedigen, weil sie einseitig zu Lasten des paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrats und somit in erster Linie zu Lasten der Arbeitnehmer geht.
Das mit der paritätischen Mitbestimmung verbundene Ziel wird nahezu völlig verfehlt, wenn die Gesellschafterversammlung die Unternehmenspolitik in umfassender Weise festlegen kann. Bei einer Übertragung der paritätischen Aufsichtsratsmitbestimmung auf die GmbH müssen daher die Rechte des Aufsichtsrats und die Rechte der Gesellschafterversammlung einander so zugeordnet werden, daß sie beide noch ihre Wirksamkeit entfalten können. Es ist nicht damit getan, daß man den Aufsichtsrat einer GmbH paritätisch besetzt, ihn mit Minimalrechten ausstattet und ansonsten der Gesellschafterversammlung die allmächtige Herrschaft in der GmbH zuweist.
Überläßt man dem Aufsichtsrat die Bestellung der Geschäftsführer, aber der Gesellschafterversammlung die Fragen, ob der Aufsichtsrat bestimmte Geschäfte für zustimmungspflichtig erklären kann und wem das unumschränkte Weisungsrecht zusteht, werden nur mehr Probleme geschaffen als gelöst.
Es ist eine widersprüchliche Regelung, die Geschäftsführer vom Aufsichtsrat und damit auch von Arbeitnehmerseite bestellen, sie aber gleichzeitig von der Gesellschafterversammlung strikt weisungsgebunden sein zu lassen und den Einfluß des paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrats auf unternehme-

rische Entscheidungen vom Wohlwollen der Gesellschafterversammlung abhängig zu machen. Die Geschäftsführer werden in eine Konfliktsituation gebracht, weil sie einerseits völlig von den Weisungen der Gesellschafterversammlung abhängen, andererseits aber auch vom Aufsichtsrat, der praktisch keinerlei mitbestimmenden Einfluß auf die Geschäftsführung haben kann, hinsichtlich der Bestellung und Abberufung personell abhängig sind[1]. Dieser zweifachen Abhängigkeit dürften die Geschäftsführer auf die Dauer gesehen kaum gewachsen sein. Abgesehen davon dürfte auch mit innergesellschaftlichen Spannungen zwischen Arbeitnehmern und Gesellschafterversammlung zu rechnen sein, wenn die Gesellschafterversammlung den Aufsichtsrat in Geschäftsführungsangelegenheiten nahezu ausschaltet.
Alles dies kann weder im Interesse der Beteiligten noch im Sinne des Gesetzes sein.
Wem die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer übertragen ist, dem muß zumindest auch ein Mindestmaß an Einfluß auf die Geschäftsführung zustehen, um eine wirkliche und sachliche Überwachung und Kontrolle der Geschäftsführung wahrnehmen zu können. Immerhin trägt der paritätisch besetzte Aufsichtsrat die Verantwortung für die Auswahl und die Qualifikation der Geschäftsführer, so daß es nur gerechtfertigt ist, ihm auch im Rahmen der vorbeugenden Kontrolle Einflußmöglichkeiten auf unternehmerische Entscheidungen zuzubilligen, um seiner Verantwortung gerecht zu werden.
Soll die paritätische Mitbestimmung in der GmbH nicht wirkungslos bleiben und der mit ihr verfolgte Zweck nicht ins Leere laufen, wird man der Idee der paritätischen Mitbestimmung nur gerecht, wenn der Aufsichtsrat aus eigener Autonomie den Kreis zustimmungspflichtiger Geschäfte in Anlehnung an § 111 Abs. 4

---

1 Martens, a.a.O., S. 220 und 222; Raiser, Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung, S. 19; Centrale für GmbH, GmbH-Rundschau 74, S. 280

Satz 2 AktG festlegen kann.
§§ 124 Abs. 1,107 Abs. 5 RegE GmbHG[1] bestimmen deshalb, daß der Gesellschaftsvertrag oder der Aufsichtsrat bestimmte Geschäfte von der Zustimmung des Aufsichtsrats abhängig machen kann. § 124 Abs. 5 RegE GmbHG erklärt ausdrücklich § 107 Abs. 5 Satz 3 RegE GmbHG, der die Bestellung und Abberufung von Prokuristen zum Inhalt hat, die der Aufsichtsrat von seiner Zustimmung nur abhängig machen kann, wenn ihn der Gesellschaftsvertrag dazu ermächtigt, für nicht anwendbar. Aus dem Sinnzusammenhang der §§ 124 Abs. 5, 107 Abs. 5 Satz 1 und 3 RegE GmbHG kann man schließen, daß der obligatorisch mitbestimmte Aufsichtsrat in allen anderen Fällen das Letztentscheidungsrecht über den Kreis zustimmungspflichtiger Geschäfte haben soll. Sollte das Letztentscheidungsrecht weiter bei der Gesellschafterversammlung verbleiben, hätte es einer Ausnahmeregelung iS des § 107 Abs. 5 Satz 3 RegE GmbHG nicht bedurft. Allerdings ist eine derartige Auslegung nicht recht mit § 77 Abs. 3 Ziff. 2 RegE GmbHG in Einklang zu bringen, nach dem die Gesellschafter über die Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführer beschließen. Dies soll auch für Gesellschaften mbH gelten, die einem der Mitbestimmungsgesetze unterliegen[2]. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß sich das Weisungsrecht hier lediglich auf die Geschäfte bezieht, die vom Aufsichtsrat nicht zustimmungspflichtig gemacht worden sind.

Dennoch wird man die Grundstrukturen und die Kompetenzverteilung in der GmbH nicht völlig umgestalten können, will man sie nicht der AG angleichen und sie als selbständige, von der AG zu unterscheidende Rechtsform aufrechterhalten. Im Vergleich zur AG weist die GmbH personalistische Züge auf, die sich insbesondere in der Freiheit der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung, der Gesellschafterversammlung als oberstem Willensbildungsorgan und der häufig anzutreffenden Mitarbeit der Gesellschafter zeigen[3].

---

1 BT-Drucksache VI/3088

2 Begr. zu § 77 RegE GmbHG, BT-Drucksache VI/3088, S. 129

3 Dazu Martens, DB 70, S. 814; nach Limbach, Theorie und Wirklichkeit, S. 36 bestehen ca. 65 % aller Gesellschaften mbH aus 2-5 Gesellschaftern; 90 % aller Gesellschaften mbH sollen aus maximal 5 Gesellschaftern bestehen; Ihde, S. 37

Unter diesem Gesichtspunkt wird man das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung gegenüber den Geschäftsführern nicht gänzlich beseitigen können, was gleichzeitig wiederum eine Einschränkung der Effektivität paritätischer Mitbestimmung in der GmbH nach sich zieht. Soll aber einerseits den personalistischen Wesenszügen der GmbH und andererseits der paritätischen Mitbestimmung Rechnung getragen werden, ist es keineswegs sachwidrig, wenn beide Merkmale jeweils auf Kosten des anderen so eingeschränkt werden, daß sie immer noch ihre, wenn auch abgeschwächten, charakteristischen Inhalte bewahren.
Zunächst einmal muß dafür gesorgt werden, daß die Geschäftsführer bei einem Geschäft, das vom paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat zustimmungspflichtig gemacht worden ist, nicht von der Gesellschafterversammlung (dem Mehrheitsgesellschafter) verbindlich angewiesen werden können, das Geschäft unter Überspielung des Aufsichtsrats vorzunehmen oder fallen zu lassen. Damit tritt zwar häufig der Fall ein, daß Geschäftsführungsmaßnahmen, die die Geschäftsführer selbst und eigenständig getroffen haben, nicht unter die Zustimmung des Aufsichtsrats fallen. Die Zustimmung bezieht sich meist auf die von der Gesellschafterversammlung beschlossenen Geschäftsführungsmaßnahmen, solange den Geschäftsführern nicht ein gesetzlich festgelegter Entscheidungsspielraum zugebilligt wird. Das führt zwar letztlich zu einer Kontrolle des Aufsichtsrats über die Gesellschafterversammlung. Das wird man aber unter den gegebenen Umständen hinnehmen müssen, zumal die von der Gesellschafterversammlung beschlossenen Geschäftsführungsmaßnahmen (mittels des Weisungsrechts) noch über die Geschäftsführer laufen müssen und von diesen Dritten gegenüber umgesetzt werden. Die entscheidende Frage bleibt aber, in welchem Umfang der paritätisch mitbestimmte Aufsichtsrat Geschäfte für zustimmungspflichtig erklären kann und wie weit dadurch das Weisungs- von dem Zustimmungsrecht ausgeschlossen werden soll.

Es erscheint jedenfalls geboten, es dem Aufsichtsrat zu ermöglichen, solche Geschäfte für zustimmungspflichtig zu erklären, die maßgeb-

liche Arbeitnehmerinteressen im Rahmen von Unternehmensstrukturänderungen betreffen[1]. Das würde bedeuten, daß das Zustimmungs- und Weisungsrecht für alle weiteren unternehmerischen Entscheidungen bei der Gesellschafterversammlung und hier maßgeblich beim Mehrheitsgesellschafter bleiben, die oder der weitere Rechte auf den Aufsichtsrat übertragen könnte.
Man könnte weiterhin daran denken, den Zustimmungsvorbehalt auf alle wichtigen unternehmerischen Entscheidungen auszudehnen[2]. Das bedeutet nicht, daß das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung beseitigt wird. Es würde nur klargestellt, daß mehr Weisungen an die Geschäftsführer der Zustimmung des paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrats unterfallen. Im Rahmen der nicht zustimmungspflichtigen unternehmerischen Maßnahmen könnten die Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung weiter angewiesen und diese Maßnahmen mit dem Weisungsrecht durchgesetzt werden. Das Weisungsrecht bliebe zwar rechtlich bei der Gesellschafterversammlung. Faktisch aber könnte es bei vielen wichtigen unternehmerischen Entscheidungen nicht mehr allein von der Gesellschafterversammlung durchgesetzt werden, weil die Weisungen von dem Zustimmungsrecht des dazwischengeschalteten Aufsichtsrats erfaßt würden. Im Ergebnis führt das zu einer weiteren Annäherung der GmbH an die AG.

Die Beschränkung der Zustimmungspflicht auf strukturverändernde Maßnahmen des Unternehmens hat den Vorteil, daß die Arbeitnehmervertreter einerseits an typischen, arbeitnehmerorientierten unternehmerischen Entscheidungen teilhaben, andererseits das Weisungsrecht als Ausdruck des personalistischen Wesenszuges der GmbH nicht zu stark eingeschränkt wird. So bleibt die GmbH als eigenständig erkennbare Gesellschaftsform erhalten. Das mehrheitlich beteiligte Unternehmen könnte wegen der noch verbliebenen starken Machtposition die konzerneinheitliche Leitung über die Gesellschafterversammlung ausüben.

---

1 Siehe Wiedemann, JZ 70, S. 602

2 So für die Montan-Mitbestimmung Spieker, a.a.O., S. 103; siehe auch Raisch, Bd. 2, S. 145

Die Zustimmungspflicht auf sämtliche wichtigen, unternehmerischen Entscheidungen auszudehnen, hat den Vorzug, daß die Geschäftsführer der GmbH deutlich wissen, wie die Kompetenzen zwischen Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung verteilt sind. Sie müssen sich vor dem Aufsichtsrat nicht mehr für das verantworten, was überwiegend auf verbindlicher Weisung der Gesellschafterversammlung beruht. Die unerträgliche Abhängigkeit und die Verstimmung der Arbeitnehmer werden durch weitgehende Einflußnahme des paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrats erheblich gemildert. Wenn zudem noch berücksichtigt wird, daß der Gesellschafterversammlung durch das Weisungsrecht, die Freiheit in der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung und die Kompetenz, die Richtlinien der Unternehmenspolitik allein festzulegen, immer noch ein merkliches Übergewicht gegenüber den Geschäftsführern und dem paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat zusteht[1], ist eine Ausdehnung der zustimmungspflichtigen Geschäfte auf alle wichtigen unternehmerischen Entscheidungen vertretbar. Auch wenn dadurch die strukturellen Unterschiede zwischen GmbH und AG weiter verwischt werden.

Eine solche Mitbestimmungsregelung würde allerdings, soll sie wirksam sein, voraussetzen, daß der Kreis der Zustimmungsgeschäfte für alle wichtigen Entscheidungsbereiche nicht der Vereinbarung der Gesellschafter- und Arbeitnehmervertreter überlassen bleibt. Wenn nämlich die Gesellschaftervertreter eine Zustimmung ablehnen, was seitens der Vertreter des Mehrheitsgesellschafters im Aufsichtsrat vielfach erwartet werden muß[2], würde die nahezu uneingeschränkte Macht wieder auf die Gesellschafterversammlung verlagert, in der die Obergesellschaft über die Mehrheitsbeteiligung verfügt. Deshalb muß der Kreis zustimmungspflichtiger Geschäfte zumindest in Umrissen vom Gesetzgeber festgelegt werden. Weiter-

---

1 Raiser, Grundgesetz und paritätische Mitbestimmung, S. 19; Spieker, a.a.O., S. 105

2 Siehe Ballerstedt, ZRP 74, S. 292

gehende, auf Unternehmensbesonderheiten abstellende Zustimmungsvorbehalte können und müssen weiterhin der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung oder dem autonomen Aufsichtsratsbeschluß vorbehalten bleiben.
Für die konzernmäßige faktische Beherrschung der GmbH durch den Mehrheitsgesellschafter bedeutet das, daß er zwar gewisse Einbußen hinsichtlich der alleinigen Durchsetzung konzerneinheitlicher Maßnahmen mittels des Weisungsrechts in Kauf nehmen muß, er aber letztlich doch mit den der Gesellschafterversammlung verbleibenden Kompetenzen einheitliche faktische Konzernleitung leichter ausüben kann als in der AG[1].
In der GmbH kann das Zustimmungsrecht zu Geschäftsführungsmaßnahmen nicht weiter gehen als in der AG. Während jedoch der Vorstand einer AG die Gesellschaft gemäß § 76 Abs. 1 AktG eigenverantwortlich leitet und dementsprechend die Richtlinien der Unternehmenspolitik festlegt, hat die Gesellschafterversammlung und somit der Mehrheitsgesellschafter in der GmbH auch bei paritätisch mitbestimmtem Aufsichtsrat weiterhin das Recht, die Geschäftsführung an sich zu ziehen. Das ist ein Recht, das der Hauptversammlung der AG nicht zusteht. Der Mehrheitsgesellschafter braucht sich aus diesem Grund bei der Festlegung der Konzernpolitik in der GmbH-Untergesellschaft anders als in der AG nicht mit den paritätisch gewählten Geschäftsführern auseinandersetzen. Der wesentliche Unterschied zwischen AG und GmbH besteht bei paritätischer Mitbestimmung nach der hier vertretenen Auffassung immer noch darin, daß der Hauptversammlung in der AG (und damit dem Mehrheitsaktionär) keine Geschäftsführungsaufgaben übertragen werden können, die Geschäftsführung also allein in den Händen des paritätisch gewählten Vorstands liegt. In der GmbH dagegen kann der Mehrheitsgesellschafter in der Gesellschafterversammlung die konzernorientierte Geschäftspolitik gegenüber dem Aufsichtsrat und den Geschäftsführern verbindlich und eigenständig festlegen[2].

---

1 Ballerstedt, a.a.O., nimmt an, daß die Geschäftsführer in strittigen Geschäftsfragen ohne die erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrats handeln werden

2 Vgl. bei der AG für das Verhältnis Mehrheitsaktionär - paritätisch Aufsichtsrat-Vorstand im Bereich des Montan-MitbG BAG AP Nr. 2o zu § 76 BetrVG

Insgesamt gesehen verfügt das mehrheitlich beteiligte Unternehmen also über ausreichende Möglichkeiten, konzerneinheitliche Leitung in der GmbH durchzuführen[1].

Jede weitergehende paritätische Mitbestimmungsreform in der GmbH, die das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung völlig abschafft und den Geschäftsführern die Rechte eines AG-Vorstands einräumt[2], mithin die aktienrechtliche Kompetenzverteilung auf die GmbH überträgt[3], läßt die strukturellen Unterschiede zwischen GmbH und AG verschwimmen. Als eigenständige Gesellschaftsform hätte die GmbH ihre Existenzberechtigung über kurz oder lang verloren. Die paritätische Mitbestimmung würde insofern zu einem Rechtsformzwang führen[4]. Hinsichtlich faktischer Konzernleitungsmacht würde sich dann im Vergleich zur AG nichts ändern. Nur im Rahmen einer umfassenden Unternehmensreform mag ein Rechtsformzwang für alle Großunternehmen, um hier für eine einheitliche, wirksame Mitbestimmung zu sorgen, die praktikabelste Lösung sein. Bis dahin sollten die bisherigen Gesellschaftstypen in ihren Grundstrukturen erhalten bleiben.

5) Die Bedeutung der §§ 124 Abs. 4, 107 Abs. 5 Satz 2 RegE GmbHG in der in Mehrheitsbesitz stehenden GmbH

Während §§ 3 Abs. 2 Montan-MitbG, 23 Abs. 1 Ziff. 2 RegE MitbG 74, 25 Abs. 1 Ziff. 2 MitbG 76 lediglich pauschal auf das Aktiengesetz bzw. § 111 AktG verweisen, bestimmen § 124 Abs. 4, 107 Abs. 5 Satz 2 RegE GmbHG in enger Anlehnung an § 111 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG für den obligatorisch zu bildenden Aufsichtsrat, daß dann, wenn der Aufsichtsrat einer

---

1 A.A. zu Unrecht Centrale für GmbH, a.a.O., S. 282

2 Ballerstedt, ZHR 135 (1971), S. 5o5/5o6; Stellungnahme des DGB zur Reform des GmbHG, Das MitbGespräch 73, S. 111 ff, 112; Müller/Lehmann, § 3 Montan-MitbG, Rdnr. 3o und 29

3 DGB, Zusammenfassende Stellungnahme, S. 2o

4 Krieger, BB 72, S. 717 ff, 722

geplanten Maßnahme die Zustimmung verweigert, die Geschäftsführer die Gesellschafterversammlung anrufen können. Diese kann mit einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen einen positiven Beschluß fassen.
Eine solche Regelung dürfte indes für die konzerneinheitliche Leitung ebenso wie § 111 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG kaum von Bedeutung werden. Zwar läßt sich dieses Verfahren wegen der meist nur geringen Gesellschafterzahl in der GmbH organisatorisch bedenkenfrei und schnell durchführen[1]. Aber auch hier ist wie in der AG kaum anzunehmen, daß sich die vom paritätisch mitbestimmten GmbH-Aufsichtsrat bestellten Geschäftsführer entschließen, die Gesellschafterversammlung anzurufen, in der das mehrheitlich beteiligte Unternehmen von seiner Stimmenmehrheit Gebrauch machen könnte. Vielmehr ist stärker noch als in der AG zu erwarten, daß die Geschäftsführer wegen ihrer recht schwachen Stellung dazu nicht bereit sein werden. Aber selbst wenn dies einmal der Fall sein sollte, können dem mehrheitlich beteiligten Unternehmen in der Durchsetzung konzernleitender Maßnahmen dann Schwierigkeiten begegnen, wenn es nicht über drei Viertel des eingebrachten Stammkapitals verfügt. In der Mehrzahl aller Fälle werden die Gesellschafter wegen der geringen Gesellschafterzahl bei solchen Abstimmungen vollständig repräsentiert sein, anders als zum Beispiel die Aktionäre in der Hauptversammlung einer AG.
Trotzdem ist die Möglichkeit, die Gesellschafterversammlung anzurufen, insbesondere unter mitbestimmungsrechtlichen Aspekten starken Bedenken ausgesetzt. Schon allein die theoretische Möglichkeit, den paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat zu überspielen, steht mit dem Paritätsgrundsatz in Widerspruch. Eine derartige Regelung sollte daher bei paritätischer Mitbestimmung erst gar nicht gesetzlich niedergelegt werden[2].

---

1 Auch Hoffmann, GmbH-Rundschau 74, S. 77; Ballerstedt, ZHR 135 (1971), S. 503

2 Zur Montan-Mitbestimmung Spieker, a.a.O., S. 104/105; Raiser, Festschrift L. Raiser 74, S. 386

6) Die Frage der Erforderlichkeit paritätischer Mitbestimmung allein in der Konzernspitze

Anders als in der in Mehrheitsbesitz stehenden AG hat das mehrheitlich beteiligte Unternehmen in der Gesellschafterversammlung der GmbH insbesondere außerhalb zustimmungspflichtiger Geschäfte nach der hier vertretenen Auffassung ausreichende Einflußmöglichkeiten gesellschaftsrechtlicher Art, konzernorientierte Unternehmenspolitik festzulegen und mit Hilfe des Weisungsrechts, das immer noch Wirksamkeit entfaltet, konzerneinheitliche Leitung auszuüben.
Selbst die dem Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrats teilweise unterstellten Weisungen der Gesellschafterversammlung ändern nichts daran, daß dem mehrheitlich beteiligten Unternehmen rechtlich ein deutliches und spürbares Übergewicht in Geschäftsführungsangelegenheiten gegenüber dem paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat verbleibt. Dies rechtfertigt es im Unterschied zu der in Mehrheitsbesitz stehenden AG, den Arbeitnehmern der abhängigen GmbH ein aktives und passives Wahlrecht zum Aufsichtsrat der Obergesellschaft einzuräumen, wenn man unterstellt, daß die konzernmäßige faktische Beherrschung der GmbH materiellrechtlich zulässig ist.

Damit die Durchsetzung aller Konzerndirektiven des mehrheitlich beteiligten Unternehmens über die Gesellschafterversammlung der GmbH gewährleistet ist, wird vorgeschlagen, die abhängige GmbH von der Mitbestimmungsregelung freizustellen[1]. Dieser Vorschlag wird auf das Argument gestützt, es sei historisch bedingt, daß die GmbH von jeher über die der Gesellschafterversammlung zustehenden Rechte konzerneinheitlich gelenkt werde und nicht über den Abschluß eines Beherrschungsvertrags[2].

---

1 Centrale für GmbH, GmbH-Rundschau 74, S. 222/223
2 Centrale für GmbH, a.a.O., S. 281

Was aber bereits zu der Frage gesagt worden ist, ob paritätische Mitbestimmung allein in der mehrheitlich beteiligten AG-Obergesellschaft stattfinden muß, muß auch für die faktisch abhängige GmbH gelten.
Formal gesehen ist die Ausübung konzernleitender Weisungsrechte aus der Gesellschafterversammlung nach GmbH-Recht zwar zulässig. Die Minderheitsgesellschafter und Gläubiger der GmbH-Untergesellschaft bedürfen aber ebenso eines nachhaltigen Schutzes vor gesellschaftsschädlichen Einflußnahmen des Mehrheitsgesellschafters aus der Gesellschafterversammlung wie in einer abhängigen AG (vgl. §§ 311 ff AktG). Folgerichtig gehen gesetzgeberische Bestrebungen in diese Richtung, wie der RegE GmbHG in § 247 Abs. 1 in enger Anlehnung an § 311 Abs. 1 AktG zeigt. Überhaupt entsprechen die §§ 247 ff RegE GmbHG inhaltlich weitgehend den §§ 311 ff AktG. Die Steuerung konzerneinheitlicher Leitung mit dem grundsätzlich zulässigen Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung müssen im Interesse eines Minderheitenschutzes Schranken gezogen werden. Das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung ist materiellrechtlich keinesfalls mit dem Weisungsrecht eines herrschenden Unternehmens im Vertrags- und Eingliederungskonzern identisch, da hier besondere gesetzliche Sicherungen für Gläubiger und Minderheitsaktionäre vorgesehen sind.
Auch das mehrheitlich an einer GmbH beteiligte Unternehmen muß die GmbH bei Erteilung zulässiger, nachteiliger Weisungen im Ergebnis wirtschaftlich so stellen, als sei sie unabhängig[1]. Dies ist in der GmbH um so mehr geboten, als die Mitgliedschaft der Minderheitsgesellschafter überaus persönlichkeitsbezogen sein kann, was sowohl in der aktiven Mitarbeit zum Ausdruck kommt als auch im Bestehen einer Treuepflicht der Gesellschafter[2]. Mithin handelt es sich um die Veranstaltung einer gemeinschaftsbezogenen Ausrichtung auf ein einheitliches Ziel aller Gesellschafter[3].

---

1 Emmerich, Die AG 74, S. 287 f; Rehbinder, GmbH-Reform, S. 127 ff, 156; Martens, DB 7o, S. 866/867

2 BGHZ 14, S. 25 ff, 38; zur AG BGHZ BB 76, S. 721 f

3 Martens, a.a.O.; Rehbinder, a.a.O., S. 136/137 und 152

Dieser personalistische Wesenszug der GmbH erfordert einen noch größeren Minderheitenschutz als in der AG, in der die Minderheitsaktionäre lediglich Kapitalgeber sind.
Ist aber die wirtschaftliche Unabhängigkeit der GmbH-Untergesellschaft vom mehrheitlich beteiligten Unternehmen in besonderem Maße zu wahren, so ist auch die mitbestimmungsrechtliche Eigenständigkeit aufrechtzuerhalten[1].
Noch weitergehende Vorschläge zum Schutze der Minderheitsgesellschafter und Gläubiger, beispielsweise den Mehrheitsgesellschafter zu verpflichten, eine Schädigung der GmbH sofort auszugleichen[2], machen deutlich, daß sogenannte faktische GmbH-Konzerne nur in sehr engen Grenzen zu organisieren sind. Um so mehr rechtfertigt sich aber die Beibehaltung paritätischer Mitbestimmung in der in Mehrheitsbesitz stehenden GmbH. Dieses Ergebnis gilt erst recht, wenn man sogar der Ansicht sein sollte, faktische Konzerne seien zu verbieten[3].

Zu einer anderen Betrachtungsweise gelangt man nur, wenn man an besondere Konzernierungsformen mit der GmbH als Tochter anknüpft.
In der Praxis scheint eine GmbH-Konzerntochter nicht selten zu 1oo % im Besitz eines anderen Unternehmens zu stehen[4].
Vielfach werden eine oder mehrere Betriebsabteilungen aus einem Unternehmen ausgegliedert und in der Form der GmbH rechtlich verselbständigt. Hier dürfte die GmbH den Charakter einer echten Betriebsabteilung haben.
Vom mitbestimmungsrechtlichen Standpunkt aus bestehen in einem solchen Fall keine ernsten Bedenken, die paritätische Mitbestimmung in der GmbH fallen zu lassen, solange gewährleistet ist, daß in der Obergesellschaft ein paritätisch zu bildender Aufsichtsrat besteht und alle wesentlichen Entscheidungen in der Spitze fallen

---

1 Siehe schon S. 19o

2 Emmerich, a.a.O., S. 288

3 So Martens, DB 7o, S. 867; Würdinger, Probleme der GmbH-Reform, S. 122 ff, 129

4 Centrale für GmbH, a.a.O., S. 281; Siehe auch Limbach, S. 36

und nicht zum Teil auf die GmbH-Tochter verlagert werden.
Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht allerdings bedürfen nicht nur Minderheitsgesellschafter des Schutzes vor schädigenden Einflußnahmen des Alleingesellschafters, sondern auch die Gläubiger[1], so daß auch hier die wirtschaftliche Eigenständigkeit nicht angetastet werden darf.
Bei einer 1oo %igen Beteiligung an einer GmbH bedeutet der Erhalt der wirtschaftlichen Eigenständigkeit aber mitbestimmungsrechtlich gesehen nicht, daß alle wesentlichen Entscheidungen in der Beteiligungsgesellschaft getroffen werden und die GmbH nach eigenem Wirtschaftsplan unternehmerisch tätig werden kann. Denn es bleibt zu berücksichtigen, daß sich wegen der Identität zwischen herrschendem Unternehmen und Alleingesellschafter die in der Konzernspitze festgelegte Konzernpolitik mit der Unternehmenspolitik der GmbH überschneidet. Nur im Fall der Minderheitsbeteiligung muß die Obergesellschaft ihre Konzernpolitik an der mit den Minderheitsgesellschaftern gemeinschaftlich festgelegten GmbH-Unternehmenspolitik ausrichten, was letztlich dazu führt, daß die GmbH nach eigenem Wirtschaftsplan selbständig Entscheidungen trifft, die dem paritätischen Mitbestimmungseinfluß ausgesetzt sein müssen.
Bei 1oo %iger Beteiligung ist aber die Unternehmenspolitik der GmbH, weil sie vom Alleingesellschafter in der Gesellschafterversammlung festgelegt wird, von vornherein an der Konzernpolitik orientiert, so daß die unternehmerischen Entscheidungen der GmbH von der Obergesellschaft beeinflußt sind. Anders als in einer in Mehrheitsbesitz stehenden AG, wo der Vorstand die Richtlinien der Unternehmenspolitik kraft gesetzlicher Kompetenz selbst festlegt (eventuell mit dem Aufsichtsrat auf freiwilliger Basis), ist es die Eigenart der GmbH, daß der Alleingesellschafter diese Kompetenz an sich ziehen kann und die Geschäftsführer hinsichtlich unternehmerischer Willensbildung völlig entmachten kann.

---

1 Emmerich, a.a.O., S. 288

Deshalb besteht kein vernünftiger Anlaß, die GmbH-Untergesellschaft der paritätischen Mitbestimmung zu unterwerfen, wenn sie selbst keine wesentlichen Entscheidungen fällt. Um einer Verlagerung von Entscheidungen auf die GmbH-Untergesellschaft vorzubeugen, könnte man ähnlich wie im Vertrags-AG-Konzern die paritätische Mitbestimmung in der GmbH nur für den Fall eingreifen lassen, bei dem die Geschäftsführer selbständig entscheidungsbefugt sind.
In allen Fällen, bei denen das herrschende Unternehmen von seinem GmbH-Weisungsrecht Gebrauch macht, stehen die wichtigen Entscheidungen bereits unter dem Einfluß der Gesamtarbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Konzernspitze. Es dürfte einer 100 %ig beteiligten Gesellschaft aber auch nicht schwerfallen, einen Beherrschungsvertrag abzuschließen.
Einer solchen Lösung könnte nur das Schutzinteresse der Gläubiger der abhängigen GmbH entgegenstehen, sofern hier nicht ein angemessener Gläubigerschutz, der der eindeutigen Konzernbegründung nicht entgegensteht, auf anderem Weg gefunden wird.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß die wirtschaftliche Eigenständigkeit einer in Mehrheitsbesitz stehenden GmbH dazu nötigt, in ihr paritätische Mitbestimmung voll beizubehalten, wenn noch Minderheitsgesellschafter vorhanden sind.
Bei einer 100 %igen Beteiligung ist dagegen grundsätzlich eine paritätische Mitbestimmungsfreistellung in modifizierter Form in Erwägung zu ziehen, wenn man die Beteiligungsgesellschaft nicht sogleich auf den Abschluß eines Beherrschungsvertrags verweisen will.

II) Der Vertrags- und Eingliederungskonzern

In enger Anlehnung an §§ 291, 319 AktG sehen auch die §§ 230, 256 RegE GmbHG den Abschluß eines Beherrschungsvertrages bzw. die Eingliederung einer GmbH zum Zwecke der Ausübung konzerneinheitlicher Leitung vor.

Der Vertragskonzern hat weiterhin seine volle Berechtigung. Eine Kurzschaltung der Leitungswege ist nur im Vertrags- und Eingliederungskonzern mittels des rechtlich eingeräumten Weisungsrechts (vgl. §§ 308 Abs. 1 AktG, 244 Abs. 1 RegE GmbHG) möglich, nicht aber im sogenannten faktischen Konzern. Hier muß die Leitung über die Gesellschafterversammlung laufen, wo sie dann wiederum dem Einfluß der Minderheitsgesellschafter ausgesetzt ist[1].

Nur bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags oder einer Eingliederung ist die Leitungsmacht der Obergesellschaft rechtlich anerkannt und berechtigt, die Tochter-GmbH und damit deren Minderheitsgesellschafter und Gläubiger im Interesse der Obergesellschaft zu schädigen[2].

Für die Konzernmitbestimmung im Vertrags- und Eingliederungskonzern unter Beteiligung einer abhängigen GmbH können keine anderen Erwägungen gelten als im AG-Vertrags- oder Eingliederungskonzern, soweit die Obergesellschaft selbst paritätisch mitbestimmt ist.

Inwieweit der personenrechtliche Charakter der GmbH den Abschluß eines Beherrschungsvertrags erschwert, wenn man dafür ein über drei Viertel der abgegebenen Stimmen hinausgehendes Mehrheitserfordernis bis hin zur Einstimmigkeit in der Gesellschafterversammlung fordert[3], ist ein rein gesellschaftsrechtliches, nicht mitbestimmungsrechtliches Problem.

---

1 Rehbinder, GmbH-Reform, S. 148

2 Siehe §§ 244, 260 RegE GmbHG, BT-Drucksache VI/3088

3 Emmerich, a.a.O., S. 290; Martens, DB 70, S. 816 für Einstimmigkeit; Arbeitskreis GmbH-Reform, Bd. 2, S. 56 und 63 für neun Zehntel der abgegebenen Stimmen

Jedenfalls zwingt die paritätische Mitbestimmung in einer nur in Mehrheitsbesitz stehenden GmbH das mehrheitlich beteiligte Unternehmen nicht, wie behauptet wird, zum Abschluß eines Beherrschungsvertrags und erschwert auch die "faktische" Konzernierung nicht oder macht sie sogar unmöglich[1]. Vielmehr ist der Druck, einen Beherrschungsvertrag abzuschließen, eine Folge der materiellrechtlich gezogenen Grenzen im Interesse des Schutzes der Minderheitsgesellschafter und Gläubiger der GmbH[2].

Es bleibt lediglich zu erwägen, ob nicht bei einer 100 %-igen Beteiligung an einer GmbH auf den Abschluß eines Beherrschungsvertrags oder der Eingliederung verzichtet werden kann. Aus mitbestimmungsrechtlichen Gründen bestehen hiergegen keine Bedenken[3]. Nur Gläubigerschutzinteressen könnten dem entgegenstehen.

III) Zusammenfassung

Sowohl dem Zweck der paritätischen Mitbestimmung als auch der Aufrechterhaltung der GmbH als einer mit eigenen charakteristischen Merkmalen bedachten Gesellschaftsform muß Rechnung getragen werden. Einerseits müssen dem paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrat zwingende Einflußnahmen auf unternehmerische Entscheidungen gegeben und ihm ansonsten das Letztentscheidungsrecht über zustimmungspflichtige Maßnahmen belassen werden. Andererseits muß das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung, das nur vom mitbestimmungsrechtlichen Einfluß erfaßt werden kann, in der GmbH beibehalten werden.
In konzernrechtlicher Hinsicht macht sich eine solche paritätische Aufsichtsratsmitbestimmung in der in Mehrheitsbesitz stehenden GmbH in der Weise bemerkbar, daß zwar formell legale konzernleitende Direktiven des Mehrheitsgesellschafters dem Einfluß der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ausgesetzt

---

1 Centrale für GmbH, a.a.O., S. 222
2 Emmerich, a.a.O., S. 289
3 Siehe S. 232 ff

sind, der beherrschende Einfluß in der GmbH-Untergesellschaft aber noch dem Mehrheitsgesellschafter über die Gesellschafterversammlung zukommt. Materiell legal dürfte jedoch eine "faktische" Konzernierung mit einer abhängigen GmbH nur in sehr engen Grenzen möglich sein, weil die wirtschaftliche Selbständigkeit der abhängigen GmbH aus Gründen des Minderheiten- und Gläubigerschutzes nicht angetastet werden darf. Der Bildung eines sogenannten faktischen GmbH-Konzerns setzt die paritätische Mitbestimmung nur geringe Grenzen.
Lediglich bei einer 100 %-igen Beteiligung eines Unternehmens, sofern es der paritätischen Mitbestimmung unterfällt, ist zu erwägen, die paritätische Mitbestimmung allein in der Obergesellschaft anzusiedeln. Dies kann auch ohne Abschluß eines Beherrschungsvertrags geschehen, wenn die Obergesellschaft auf einen ausreichenden Gläubigerschutz verpflichtet wird.
Materiell legal ist aber sonst grundsätzlich nur die konzernmäßige Beherrschung der GmbH aufgrund eines Beherrschungsvertrags oder der Eingliederung. Konzernmitbestimmungsrechtlich gesehen ergeben sich hier zum AG-Konzern keine Unterschiede[1].

B) Die inländische Personengesellschaft und das ausländische Unternehmen als Muttergesellschaft einer paritätisch mitbestimmten GmbH oder AG

Nach bisherigen Vorstellungen ist die inländische Personengesellschaft von jeder mitbestimmungsrechtlichen Regelung ausgenommen. Wegen der persönlichen Haftung der Gesellschafter, der weitgehenden Privatautonomie der Gesellschafter in der gesellschaftsvertraglichen Gestaltung und der grundsätzlichen Nichtanerkennung der Drittorganschaft bereitet die jetzige Struktur der Personengesellschaften in der Tat erhebliche systematische und dogmatische Schwie-

1 Im übrigen wird auf das bereits zum AG-Konzern Ausgeführte verwiesen.

rigkeiten, ein paritätisches Aufsichtsratsmitbestimmungsmodell einzufügen[1]. Die hauptsächliche Ursache ist darin zu suchen, daß eine mitbestimmungsrechtlich bedingte Unternehmensrechtsreform über die einzelnen Gesellschaftsformen und nicht unabhängig von diesen nach anderen Kriterien läuft[2]. In der Praxis soll die Personengesellschaft als Konzernmuttergesellschaft keine unbeachtliche Rolle spielen[3].

Da der Gesetzgeber die paritätische Mitbestimmung allein für inländische Gesellschaften anordnen kann, sind die ausländischen Gesellschaften einer derartigen Regelung entzogen.

Fraglich erscheint deshalb, inwieweit die paritätische Mitbestimmung im Konzern mit einer inländischen Personengesellschaft oder einem ausländischen Unternehmen als Obergesellschaft überhaupt wirksam ausgestaltet werden kann.

I) Der sogenannte faktische Konzern

Auf faktischer Grundlage (reine Mehrheitsbeteiligung) wird eine paritätisch mitbestimmte GmbH oder AG zumindest materiell legal nur unter den beschriebenen erschwerten Voraussetzungen in einen Konzernverbund zu integrieren sein. Das liegt weit weniger an der paritätischen Mitbestimmung in den in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen, als an den gesetzlich (vgl. §§ 311 ff AktG, 247 ff RegE GmbHG) beziehungsweise im Augenblick für die GmbH noch durch ungeschriebene Rechtsgrundsätze gezogenen Schranken aus Gründen des Minderheiten- und Gläubigerschutzes. Bei reiner Mehrheitsbeteiligung hängt demzufolge die Ausübung konzerneinheitlicher Leitung nicht von der Rechtsform des mehrheitlich beteiligten Unternehmens ab.
Man wird auch bei einer 100 %-igen Beteiligung eines mitbestimmungsfreien Unternehmens an einer GmbH keine Ausnahme von der

1 DGB-Entwurf eines Mitbestimmungsgesetzes, Das MitbGespräch 73, Begr., S. 211; siehe auch Farthmann, Die Zeit vom 15.11.74, S. 35; Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 116 unter 48.

2 ZB nur nach der Arbeitnehmerzahl

3 Siehe Kunze, Festschrift Geßler 71, S. 55; von Nell-Breuning, Festgabe Kunze 69, S. 153

paritätischen Mitbestimmung in der GmbH-Untergesellschaft machen können, wenn zwar für ausreichenden Schutz der Gläubiger gesorgt ist, die Obergesellschaft aber nicht der paritätischen Mitbestimmung unterliegt.
Man muß sich mit Einführung paritätischer Mitbestimmung daran gewöhnen, daß auch mitbestimmungsrechtliche Schutzinteressen der Arbeitnehmer zu berücksichtigen sind[1]. Gerade diese aber würden in der paritätisch nicht mitbestimmten Obergesellschaft nicht zur Geltung kommen.

II) Der Vertragskonzern

1) Ausgestaltung der Konzernmitbestimmung und ihre Wirksamkeit

Wird die mitbestimmungsrechtliche Erfassung des ausländischen Unternehmens und insbesondere der inländischen Personengesellschaft ausgeklammert, ist ihre Leitungsmacht trotz paritätischer Mitbestimmung in der abhängigen Tochter-AG oder GmbH über die Regelung der §§ 308 Abs. 3 AktG, 244 Abs. 3 RegE GmbH uneingeschränkt gewährleistet. Selbst wenn eine Weisung des herrschenden Unternehmens in der Tochtergesellschaft zunächst am Veto der Arbeitnehmervertreter im Tochter-Aufsichtsrat scheitern sollte, dürfte eine Wiederholung der Weisung seitens der Obergesellschaft keine Schwierigkeiten bereiten, weil kein mitbestimmungsrechtlicher Einfluß hinzutritt. Man wird zwar grundsätzlich nicht sagen können, daß der Einfluß der paritätischen Mitbestimmung in der Tochter überhaupt keine Wirkung hat. Immerhin werden der weisungsberechtigten, nicht mitbestimmten Muttergesellschaft die Vorstellungen der Arbeitnehmervertreter zu einer Geschäftsführungsmaßnahme durch das vorläufige Veto klar und unmißverständlich zum Ausdruck gebracht. Es besteht jedenfalls die Möglichkeit, daß sich die Muttergesellschaft die Vorstellungen der Arbeitnehmerseite zueigen macht. Die Muttergesellschaft ist aber jederzeit in der Lage, sich frei von Mitbestimmungseinflüssen über den Mitbestimmungsanspruch hinwegzusetzen.

---

1 Dazu Reich, ZRP 76, S. 23; Martens, ZHR 138 (1974), S. 187

Die paritätische Mitbestimmung kann in der abhängigen Tochter eines Vertragskonzerns nach derzeitiger Rechtslage offenkundig ausgehöhlt und ausgeschaltet werden[1].
Es ist deshalb sachwidrig, die Tochter im Vertragskonzern mit einer nicht mitbestimmungspflichtigen Spitze von der paritätischen Mitbestimmung grundsätzlich freizustellen[2]. Es stehen sich hier einerseits die Natur des Beherrschungsvertrags mit der ihm eigenen sofortigen Durchsetzungsmöglichkeit von Konzerndirektiven in der Untergesellschaft und das paritätische Mitbestimmungsprinzip andererseits gegenüber. In diesem Fall muß jedoch die paritätische Mitbestimmung in der Tochter Vorrang haben, da ein mitbestimmungsrechtlicher Ausgleich in der Obergesellschaft nicht stattfindet. Anderenfalls würde man den Beherrschungsvertrag als über der paritätischen Mitbestimmung stehende Institution legalisieren. Auch das ausländische Mutterunternehmen oder die inländische Personengesellschaft darf demzufolge nicht autonom über den Aufsichtsrat der abhängigen Gesellschaft den Vorstand oder die Geschäftsführer wählen. Auf diese Weise wird den Arbeitnehmervertretern aber nur ein Mindestmaß an mitbestimmungsrechtlichem Einfluß gegeben. Wirklich wirksam kann der Mitbestimmungseinfluß bei mitbestimmungsfreier Konzernspitze nur dann werden, wenn dem abhängigen, paritätisch mitbestimmten Unternehmen von der Konzernleitung aufgrund der dezentralisierten Struktur des Konzerns eine weitgehende Selbständigkeit zugebilligt wird. Das dürfte bei einer ausländischen Muttergesellschaft aus in der Bundesrepublik anders gelagerten, strukturbedingten Gründen, die eine Unternehmensführung aus unmittelbarer Nähe notwendig machen kann, eher der Fall sein als bei einer inländischen Personengesellschaft als Konzernspitze[3].

---

1 Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 64; Raiser BB 76, S. 151

2 Lutter, a.a.O., S. 76; siehe auch Leverkusener Kreis in Mayer/Reich, Begr. zu § 5 Alternativentwurf, S. 180/181

3 Siehe auch Bayer, DB 75, S. 1169

Allerdings berührt ein diesbezüglicher mitbestimmungsrechtlicher Einfluß auch nur einen Teilaspekt unternehmerischer Entscheidungen.
Es ist zu befürchten, daß die Arbeitnehmervertreter in der paritätisch mitbestimmungspflichtigen Tochter eine harte Position einnehmen werden, um das, was ihnen an rechtlich eingeräumtem Mitbestimmungseinfluß verblieben ist, voll auszuschöpfen. Ein Überspielen der Arbeitnehmervertreter durch die mitbestimmungsfreie Konzernspitze verstärkt geradezu die Tendenz, sachfremde Erwägungen in das Entscheidungsverhalten der Arbeitnehmervertreter in der Tochter hineinzutragen.

2) Paritätische Mitbestimmung als unantastbares Regelungsprinzip

Könnte man aus der paritätischen Mitbestimmung im Rahmen einer mitbestimmungsrechtlichen Reform, die an die einzelnen Gesellschaftsformen anknüpft, die Intention herauslesen, daß zur Sicherung des Mitbestimmungsanspruchs kein paritätisch mitbestimmtes Unternehmen von einem nicht mitbestimmten beherrscht werden darf, so würde dem Institut der paritätischen Mitbestimmung gleichsam eine Bedeutung beigelegt, die über der Organisation von Unternehmenszusammenschlüssen stünde. Die Wahrung einer gleichberechtigten und -gewichtigen Teilhabe an konzernpolitischen Entscheidungen wäre unabdingbare Wirksamkeitsvoraussetzung für den Abschluß eines Beherrschungsvertrags. Ganz so neu ist der Gedanke nicht. Einen ähnlichen Zweck verfolgt schon das Montan-MitErgG, allerdings mit dem Unterschied, daß es diesen Zweck nur auf Kapitalgesellschaften beschränkt[1].

a) Die Personengesellschaft als Konzernspitze

In diese Richtung zielen auch Vorschläge für die Personengesellschaft. Wenn sie bestimmte Voraussetzungen (Arbeitnehmerzahl, Umsatz usw.) für die paritätische Mitbestimmung erfüllt, soll sie ein Zwang zur Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft treffen[2].

1 Hoffmann, BB 74, S. 1276

2 § 2 des Entwurfs der DAG, S. 8; § 1 Abs. 5 der Änderungsvorlage der DAG, S. 3 und Begr., S. 19; Kunze, 42. Deutscher Juristentag, Diskussion, F 68

Ein solcher Umwandlungszwang ist gerade im Vertragskonzern, in dem ein paritätisch mitbestimmtes Unternehmen von einem mitbestimmungsfreien beherrscht wird, aus Gründen der Umgehung konzernrechtlicher Mitbestimmung an und für sich begrüßenswert.

Ein derartiges Regelungsprinzip paßt aber nicht, wenn bewußt davon abgesehen wird, eine paritätische Mitbestimmung für alle inländischen Gesellschaftsformen in gleicher Weise zu entwerfen, sondern nur für einzelne, nicht die verschiedenen Eigenarten berücksichtigenden Gesellschaftsformen[1]. Unter solchen Voraussetzungen spricht nichts dafür, einer nicht mitbestimmten inländischen Personengesellschaft den Abschluß eines Beherrschungsvertrags mit einer paritätisch mitbestimmten Tochter zu verbieten. Ein solches Verbot würde über das von der gesellschaftsspezifisch orientierten paritätischen Mitbestimmung gesteckte Ziel hinausschießen. Zudem entstünden durch die Umwandlung der Personengesellschaft in ein mitbestimmtes Unternehmen wegen der unumgänglichen Neuordnung des Gesellschaftsvertrags mannigfaltige Probleme, die von einer Lösung noch weit entfernt sind[2].
Solange nicht ein rechtsfähiges Gebilde Konzern geschafen wird[3] oder sich eine Unternehmensrechtsreform nicht völlig von den einzelnen Gesellschaftsformen löst, ist die paritätische Vertragskonzernmitbestimmung bei Beteiligung einer Personengesellschaft im Sinne einer einheitlichen konzernrechtlichen Mitbestimmung nur schwer zu lösen.
Wenn paritätische Mitbestimmung jedoch unter Beachtung bestehender Gesellschaftsformen verwirklicht werden soll, läßt sich

---

1 Martens, ZHR 138 (1974), S. 188; siehe auch RegE MitbG 74 und MitbG 76

2 Siehe von Nell-Breuning, Festgabe Kunze 69, S. 157; diese Schwierigkeiten sieht auch Kunze, Festschrift Geßler 71, S. 52

3 Kunze, 42. Deutscher Juristentag, a.a.O.

dann jedenfalls nicht ein Regelungsprinzip der Art herleiten, das eine Mitbestimmung in der Obergesellschaft in gleicher Form und Intensität wie in der Untergesellschaft zwingend fordert.

b) Die ausländische Muttergesellschaft

Soll die paritätische Mitbestimmung in der inländischen Tochter vor einer Aushöhlung geschützt werden, ist zu erwägen, den Abschluß eines Beherrschungsvertrags mit einer ausländischen Obergesellschaft zu verbieten. Das ausländische Unternehmen wäre auf die Kapitalbeteiligung mit ihren materiellrechtlich legal verbleibenden Einflußmöglichkeiten beschränkt. Aber die paritätische Mitbestimmung als ein unantastbares Regelungsprinzip aufzufassen, ist aus mehreren Gründen bedenklich.

Schon die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der Untergesellschaft nach dem BetrVG wird nicht als mitbestimmungsrechtliches Prinzip aufgefaßt, das über dem Beherrschungsvertrag steht. Allerdings kann man hier wegen der Anteilseignermehrheit im Aufsichtsrat nicht von einer echten Aushöhlung der Mitbestimmung sprechen.
Auch die paritätische Mitbestimmung kann ein Verbot des Abschlusses eines Beherrschungsvertrags mit einer ausländischen Gesellschaft nur schwer rechtfertigen. Dem ausländischen Unternehmen sind in der Ausübung faktischer Konzernleitung bereits vom deutschen Gesetzgeber erhebliche Grenzen gesetzt, so daß das ausländische Unternehmen praktisch auf den Beherrschungsvertrag angewiesen ist, um die in Mehrheitsbesitz stehende Tochter umfassend in den Konzernverbund zu integrieren. Verbietet man ihm den Abschluß eines Beherrschungsvertrags, wird sich das ausländische Unternehmen kaum an die materiell legalen Einflußmöglichkeiten in der inländischen Tochterge-

sellschaft halten. Es wird vielmehr mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln versuchen, das in Mehrheits-(Allein-) besitz stehende Unternehmen seiner Machtsphäre unterzuordnen[1]. Denn man muß berücksichtigen, daß die Mehrheitsbeteiligungen ausländischer Unternehmen recht hoch sind. Vielfach besteht eine 100 %-ige Beteiligung, wobei die inländischen Unternehmen oft nur rechtlich verselbständigte Zweigniederlassungen sind[2]. In wirtschaftlicher Hinsicht sind die inländischen Unternehmen meist vollkommen von der ausländischen Gesellschaft abhängig, so daß sich der außergesellschaftsrechtliche Einfluß nachhaltig auf die inländischen Töchter und deren wirtschaftliche Stabilität spürbar auswirkt[3]. Es ist nicht zu begrüßen, wenn die ausländische Gesellschaft zu solchen Mitteln greifen muß, ja gleichsam vom Gesetzgeber dazu gezwungen würde, um ihrem beherrschenden Einfluß Nachdruck zu verleihen.

Räumt man der paritätischen Mitbestimmung den Vorrang gegenüber dem Beherrschungsvertrag ein, so würden letztlich selbst 100 %-ig beteiligte ausländische Unternehmen hinsichtlich umfassender konzerneinheitlicher Leitung von der deutschen Wirtschaft ferngehalten. Das kann sich ein hochentwickelter Industriestaat wie die BRD nicht leisten. Soll der Industrialisierungsprozeß, der technische Fortschritt und die Arbeitsplatzbeschaffung mit all ihren Folgeerscheinungen nicht stagnieren oder einen Rückschlag erleiden, so ist die bundesrepublikanische Wirtschaft auf ausländisches Kapital angewiesen. Deshalb muß der Gesetzgeber auch dafür Sorge tragen, daß eine Mehrheits- oder Alleinbeteiligung zur rechtlich anerkannten, konzerneinheitlichen Leitung durch Abschluß eines Beherrschungs-

---

1 Koppensteiner, Internationale Unternehmen, S. 246; Martens, a.a.O., S. 192/193

2 ZB General Motors, Ford, Nestle, Shell, IBM, Philips, ITT, Unilever und viele andere mehr

3 Entzug von Patenten, keine Belieferung mehr mit dringend erforderlichen Ersatzteilen, Kündigung von Lieferverträgen, finanzpolitische Konsequenzen etc.

vertrags genutzt werden darf. Es ist widersprüchlich, wenn man einerseits im volkswirtschaftlichen Interesse auf Investitionen und damit Zufluß ausländischen Kapitals Wert legt, andererseits die konzernmäßige Beherrschung über den Abschluß eines Beherrschungsvertrags verbietet, weil das ausländische Unternehmen nicht paritätisch mitbestimmt ist. Daß der inländische Kapitalmarkt für Großunternehmen weitgehend erschöpft ist, dürfte mittlerweile feststehen[1].

Daß auch der Gesetzgeber nicht die Absicht hat, den Abschluß eines Beherrschungsvertrages wegen des Ausfalls paritätischer Mitbestimmung in einer ausländischen Obergesellschaft zu verbieten, zeigen deutlich der RegE MitbG 74 und das MitbG 76[2].

Die grenzüberschreitende Wirtschaftsverflechtung ist in einem solchen Maße fortgeschritten, daß sich auch der Gesetzgeber dieser Entwicklung nicht verschließen kann. Wirtschaftliche Notwendigkeiten führen nicht daran vorbei, grenzüberschreitende Beherrschungsverträge anzuerkennen.

Eine für die deutschen Arbeitnehmer befriedigende Konzernmitbestimmung läßt sich nur dann finden, wenn international eine nach deutschem Vorbild angelehnte oder eine adäquate Mitbestimmung auch für ausländische Unternehmen durch deren Gesetzgeber geschaffen wird[3].

---

1 Heintzeler in Briefs (Hrsg.), Mitbestimmung?, S. 98 ff, 107; BDA, Stellungnahme des Arbeitskreises Mitbestimmung 74, S. 15/16

2 §§ 5 Abs. 3 RegE MitbG 74 und MitbG 76

3 Dazu der Entwurf einer Europäischen Aktiengesellschaft, Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, Nr. C 93/25, vom 7.8.1974, der ein erster Schritt in diese Richtung ist; auch auf der Ebene von zwischenstaatlichen Abkommen ließe sich ein derartiges Ziel erreichen, vgl. zur Beteiligung nach dem BetrVG Grasmann, System des internationalen Gesellschaftsrechts, S. 531/532, Rdnr. 1066

3) Lösungsmöglichkeiten für eine wirksamere paritätische Mitbestimmung im Konzern

a) Übertragbarkeit eines paritätischen Mitbestimmungsmodells auf Personengesellschaften als Konzernspitze

Ohne das Problem der mitbestimmungsrechtlichen Erfassung von Personengesellschaften umfassend lösen zu wollen, sind einige grundsätzliche Anmerkungen angebracht.

Wegen der nahezu uneingeschränkten Privatautonomie im Recht der Personengesellschaften (die Folge der persönlichen Haftung der Gesellschafter und der Tatsache, daß die Führung des Unternehmens einer Personengesellschaft eine Tätigkeit der Gesellschafter ist), läßt sich mit Rücksicht auf den stark ausgeprägten personenrechtlichen Charakter einer Personengesellschaft kaum ein paritätisches Aufsichtsratsmitbestimmungsmodell aufzwingen[1]. Grundsätzlich muß derjenige, der unbeschränkt haftet, auch die Herrschaft im Unternehmen ausüben können[2]. Aufgrund gesellschaftsvertraglicher Gestaltung kann es zu einer Durchbrechung dieses Prinzips kommen, wenn ein Gesellschafter von der Geschäfts- und Vertretungsbefugnis ausgeschlossen ist oder bei Einführung von Mehrstimmrechten überstimmt werden kann. Zwar schließt eine solche Gestaltung die persönliche Haftung nicht aus, aber die sie begründenden Umstände beruhen auf der vertraglichen Gestaltung der Gesellschafter. Zwingt man dagegen eine paritätische Mitbestimmung auf und behält die persönliche Haftung der Gesellschafter zwingend bei, so wird durch Gesetz sowohl die persönliche Haftung auferlegt als auch die Herrschaft im Unternehmen entzogen[3].
Also müssen Möglichkeiten eröffnet werden, die persönliche Haftung der Gesellschafter in der Personengesellschaft auszuschließen. Dies läßt sich bei einer KG mit einer GmbH als Komplementär noch verhältnismäßig einfach durchführen, weshalb auch eine mitbestimmungsrechtlich unterschiedliche Beurteilung

1 Siehe auch Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 267 und 340

2 Gleichlauf von Herrschaft und Haftung

3 Dazu auch Duden, Festschrift Schilling 73, S. 309 ff, 327

nicht ganz einsichtig ist[1].
Bei der OHG ist die Einführung paritätischer Mitbestimmung nicht so einfach. Aber auch hier ließe sich eine Lösung durch Schaffung einer neuen Gesellschaftsform, die die persönliche Haftung beschränkt, finden, wie sie augenblicklich in Form der Handelsgesellschaft auf Einlagen (HGaE) in der Diskussion steht[2]. Es sind also Wege denkbar, den Gesellschaftern bei paritätischer Mitbestimmung in einer Personengesellschaft die Entscheidung zu überlassen, ob sie sich von der persönlichen Haftung befreien wollen oder nicht.
Zudem fragt sich bei Personengesellschaften in einer Größenordnung, bei der Kapitalgesellschaften der paritätischen Mitbestimmung unterfallen, ob der persönlichen Haftung noch eine ernstzunehmende Bedeutung zukommt[3]. Sicherlich rückt die persönliche Haftung dann in den Vordergrund, wenn der Konkursfall im Konzern mit einer Personengesellschaft an der Spitze eintritt. Der Konkurs im Konzern ist aber der Ausnahmefall, so daß die persönliche Haftung kein wesentliches Kriterium gegen eine paritätische Mitbestimmung ist. Wenn die Personengesellschaft aber Konzernspitze ist, so liegt die Kapitalmehrheit bei den Personengesellschaftern, so daß für Vertragspartner des Konzerns doch wiederum das Finanzpotential der Personengesellschafter und damit letztlich die persönliche Haftung als Kreditunterlage maßgebend ist, weil es sich die Konzernspitze kaum erlauben kann, den finanziellen Zusammenbruch der Tochter hinzunehmen. Damit zeigt sich, daß die persönliche Haftung auch ein rechtfertigender Grund für die Ausklammerung der paritätischen Mitbestimmung in Personengesellschaften ist, die großunternehmerisch betrieben werden[4].

---

1 Duden, a.a.O., S. 328; siehe zur Mitbestimmung in der GmbH und Co. KG auch §§ 4 und 5 Abs. 2 RegE MitbG 74 und MitbG 76; Martens, ZHR 138 (1974), S. 223 ff; eine mitbestimmungsrechtlich andere Beurteilung kann nur, unter der Voraussetzung, man stimmt dem zu, darin liegen, daß bei der GmbH das Vermögen der Gesellschaft zugeordnet ist, während bei der KG als Personengesellschaft Zuordnungssubjekt die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit sind

2 Zur HGaE Arbeitskreis GmbH-Reform, Bd. 1; zur Mitbestimmung in der HGaE Arbeitskreis GmbH-Reform, BB 73, S. 588 ff, 590

3 Siehe Martens, a.a.O., S. 188

4 Siehe dazu Reich/Lewerenz, a.a.O., S. 262

Ob auch der eigenständige Charakter der Personengesellschaft bei paritätischer Mitbestimmung gewahrt werden kann, muß bezweifelt werden. Im Hinblick auf den von einer Personengesellschaft geführten Konzern wäre zu überlegen, ob man den Konzern nicht rechtlich verselbständigt oder nur auf den wirtschaftlichen Unternehmensbegriff abstellt, weil durch die Konzernierung ein völlig neuer Unternehmensverband entsteht und dadurch jedes Einzelglied des Konzerns an Bedeutung verliert. Insgesamt gesehen ergeben sich doch erhebliche Bedenken und Schwierigkeiten, die paritätische Mitbestimmung in einer Personengesellschaft als Konzernspitze anzusiedeln. Dies bedarf jedoch einer eingehenderen Untersuchung als sie hier möglich ist. Eine mitbestimmungsadäquate Form für die Personengesellschaft als Konzernspitze in der Gestalt eines Beirats oder einer ähnlichen Einrichtung vorzuschreiben, damit die Arbeitnehmer der paritätisch mitbestimmten Untergesellschaften ihre Interessen dort ausreichend vertreten können, ist deshalb nicht sinnvoll, weil einer solchen Institution Rechte eines Aufsichtsrats zugebilligt werden müßten[1]. Zudem trägt dies zur Lösung des personengesellschaftsrechtlichen Mitbestimmungsproblems in keiner Weise bei.

---

1 Siehe auch Martens, a.a.O., S. 189/190; Lenk, S. 49 und 111; Deutscher Juristentag 55, S. 58

b) Erweiterung der Rechte der Arbeitnehmer im BetrVG

Um der paritätischen Mitbestimmung in der Tochter wirksam zum Durchbruch zu verhelfen, wenn sie von einem nicht mitbestimmten Unternehmen beherrscht wird, könnte man insoweit an eine Erweiterung der Rechte der Arbeitnehmer im BetrVG denken. Denn auch im Vertragskonzern können diese Rechte den Arbeitnehmern nicht durch Anweisungen der Konzernspitze genommen werden.

Im Rahmen des BetrVG bietet sich an, den Wirtschaftsausschuß (§§ 106 ff BetrVG) zu einer mitbestimmungsrechtlichen Einrichtung auszubauen[1]. Nach jetziger Rechtslage hat der Wirtschaftsausschuß auf unternehmerische Entscheidungen keinen mitbestimmungsrechtlichen Einfluß[2]. Diesen Wirtschaftsausschuß könnte man gleichberechtigt und -gewichtig mit Arbeitnehmervertretern der Untergesellschaft und geschäftsführenden Organmitgliedern der Obergesellschaft besetzen[3].
Eine derartige Regelung wird sich jedoch auf gesetzlicher Grundlage nicht verwirklichen lassen. Betriebliche Mitbestimmung und unternehmerische Mitbestimmung würden vollends verwischt. Betriebliche Mitbestimmungsrechte sollen keinen Einfluß auf den Inhalt unternehmerischer Entscheidungen vermitteln. Diese Kompetenz soll vielmehr weiter beim Unternehmer bleiben. Sie beziehen sich nur auf die Auswirkungen unternehmerischer Entscheidungen[4]. Eine unternehmensmitbestimmungsrechtliche Ausgestaltung des Wirtschaftsausschusses würde die Absicht des BetrVG aufheben und zu einem verkappten Aufsichtsrat führen.

---

1 Siehe dazu auch Lenk, S. 49

2 Fitting/Auffahrth, § 106 BetrVG, Rdnr. 2

3 Jungblut, Nicht vom Lohn allein. S. 154 ff hinsichtlich eines ähnlichen, aber auf freiwilliger Basis beruhenden Vorgehens bei Opel Hoppmann, Siegen

4 Fitting/Auffahrt, a.a.O.

c) Erweiterung der Rechte des Aufsichtsrats der Tochtergesellschaft

aa) Nichtanwendung der §§ 308 Abs. 3 und 111 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG (§§ 244 Abs. 3 und 197 Abs. 5 Satz 2 RegE GmbHG)

Wenn man den Arbeitnehmern einer paritätisch mitbestimmten Tochtergesellschaft im Vertragskonzern einen nicht zu überspielenden Mitbestimmungseinfluß sichern will und das Verbot von Beherrschungsverträgen ausschließt, bleibt nur ein systemgerechter, gesellschaftsrechtlicher Ansatz übrig. Insoweit bietet sich an, die Stellung des paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrats in der Untergesellschaft zu verändern. Nach bisheriger gesetzlicher Regelung kann der Tochter-Aufsichtsrat dadurch ausgeschaltet werden, daß die Konzernspitze ihre Weisung wiederholt. Mit Rücksicht darauf, daß die Obergesellschaft nicht paritätisch mitbestimmt ist, könnte einer Aushöhlung der Parität in der Untergesellschaft dadurch vorgebeugt werden, daß man die Wiederholung einer Weisung nicht zuläßt und die Entscheidung des paritätisch mitbestimmten Aufsichtsrats der Tochter für die Konzernspitze als letztverbindlich und endgültig erklärt[1].
Mit der Funktion eines Beherrschungsvertrages ist nicht zu vereinbaren, wenn § 308 Abs. 3 AktG (§ 247 Abs. 3 RegE GmbHG) nicht angewendet wird. Gerade der Beherrschungsvertrag soll die Leitungsmacht der Obergesellschaft legitimieren und die Integration der abhängigen Unternehmen in den Konzernverbund mittels des Weisungsrechts sicherstellen. Die Durchsetzung konzerneinheitlicher Leitung in der Tochter würde bei wichtigen Entscheidungen trotz Beherrschungsvertrages nicht mehr allein vom Willen der Obergesellschaft abhängen, sondern mit von der Einstellung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der paritätisch mitbestimmten Untergesellschaft. Auf diese Weise aber stellt man das vertragskonzernrechtliche System in Frage. Von einer umfassenden rechtlichen Anerkennung der Leitungs-

---

1 IdS Koppensteiner, Internationale Unternehmen, S. 251; Reich, AuR 75, S. 261; Martens, ZHR 138 (1974), S. 194/195

macht kann, wendet man § 3o8 Abs. 3 AktG (247 Abs. 3 RegE GmbHG) nicht an, nicht mehr die Rede sein.
Die Unzulässigkeit einer wiederholten Weisung würde den Vertragskonzern so schwer treffen, daß bei Durchsetzung konzerneinheitlicher Maßnahmen praktisch kaum noch ein Unterschied zwischen Vertragskonzern und "faktischem" Konzern besteht. Im Ergebnis würde das einem Verbot, Beherrschungsverträge abzuschließen, gleichkommen.
Ist es aus mitbestimmungsrechtlichen Gründen gerechtfertigt, die Ausübung der Rechte aus dem Beherrschungsvertrag vorläufig dem mitbestimmungsrechtlichen Einfluß auszusetzen, so entspricht es doch dem Wesen des Beherrschungsvertrags, daß der Obergesellschaft die endgültige Entscheidung über eine Geschäftsführungsmaßnahme in der Untergesellschaft zustehen muß. Anderenfalls kann der Beherrschungsvertrag seinen Zweck nicht mehr erfüllen[1].
Im übrigen ist jede Lösung, welche die konzerneinheitliche Leitung über den Beherrschungsvertrag einengt, um zu verhindern, daß die paritätische Mitbestimmung im Vertragskonzern ausgehöhlt wird, der systematisch falsche Ansatzpunkt.
Nicht der Beherrschungsvertrag läßt die paritätische Mitbestimmung in der Konzernspitze ausfallen, sondern die nicht mitbestimmungsrechtliche Erfassung der Obergesellschaft. Die mit dem Beherrschungsvertrag verbundenen Rechte kann man aber dafür nicht verantwortlich machen und als Anknüpfungspunkt für eine wirksame konzernmitbestimmungsrechtliche Lösung bei Beteiligung einer Personengesellschaft oder eines ausländischen Mutterunternehmens nehmen.
Das Wesen des Beherrschungsvertrags schließt eine konzernmitbestimmungskonforme Lösung im paritätisch besetzten Aufsichtsrat der Tochter aus.

Die Regelung der §§ 111 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG (1o7 Abs. 5 Satz 2 RegE GmbHG) (Anrufung der Haupt- oder Gesellschafterver-

---

1 Koppensteiner, a.a.O.

sammlung) wird deshalb insofern bedeutungslos, als es sich um den Tochter-Vorstand bindende Weisungen im Rahmen des Beherrschungsvertrags handelt. Um aber die in rechtlicher Hinsicht ohnehin schon schwache Position des Aufsichtsrats der paritätisch mitbestimmten Tochter im weisungsfreien Raum nicht noch weiter zu schwächen, ist es besonders bei einer mitbestimmungsfreien Konzernspitze angebracht, es nicht zuzulassen, daß die Haupt- oder Gesellschafterversammlung vom Vorstand oder den Geschäftsführern der Untergesellschaft angerufen werden kann. Wenn auch von diesen Vorschriften kaum Gebrauch gemacht werden wird, widersprechen sie doch gerade in einem Konzernverbund mit einer mitbestimmungsfreien Konzernobergesellschaft dem Gedanken der paritätischen Mitbestimmung. Dies insbesondere auch deshalb, weil die Entscheidung des Mehrheitsgesellschafters oder -aktionärs in der Gesellschafter - bzw. der Hauptversammlung der Tochter nicht von einem Arbeitnehmereinfluß der Obergesellschaft mitgetragen wird.

bb) Zustimmung des Aufsichtsrats der Tochtergesellschaft zum Abschluß von Beherrschungsverträgen

Um die fehlende Mitbestimmung in der Konzernspitze auszugleichen, scheint der richtige Ansatzpunkt allein der zu sein, den Abschluß eines Beherrschungsvertrags von der Zustimmung des Aufsichtsrats (oder nur der Arbeitnehmervertreter) der zu beherrschenden, paritätisch mitbestimmten Tochter abhängig zu machen. Der Abschluß eines Beherrschungsvertrags betrifft nicht nur typische Anteilseigner- oder Gesellschafterinteressen, sondern auch in gleichem Maße bedeutende Arbeitnehmerinteressen[1]. Aber auch durch die Zustimmung kann eine echte Teilhabe an weiteren konzernpolitischen Entscheidungen nicht erreicht werden.

---

1 Speziell zur Personengesellschaft als Konzernspitze Leverkusener Kreis in Mayer/Reich, § 5 Alternativentwurf und Begründung, S. 180 und 181; siehe auch S. 178 ff

Inwieweit die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Untergesellschaft ihr Zustimmungsrecht dazu nutzen werden und können, der Obergesellschaft gewisse Zugeständnisse in informatorischer oder gar mitbestimmungsrechtlicher Hinsicht in der Obergesellschaft abzuhandeln, muß offenbleiben.

III) Zusammenfassung

Die paritätische Mitbestimmung schafft kein Regelungsprinzip der Art, daß der Abschluß eines Beherrschungsvertrags zwischen einem paritätisch mitbestimmten Unternehmen und einer nicht mitbestimmten Obergesellschaft verboten werden könnte. Im Vertragskonzern kommt weder eine Erweiterung der Arbeitnehmerrechte im BetrVG in Betracht, um zu verhindern, daß die paritätische Mitbestimmung ausgehöhlt wird, noch muß die Durchsetzungsmöglichkeit konzerneinheitlicher Leitung in der paritätisch mitbestimmten Tochtergesellschaft eingeschränkt werden, indem man § 3o8 Abs. 3 AktG (247 Abs. 3 RegE GmbHG) nicht anwendet. Es muß aber gefordert werden, daß der paritätisch besetzte Aufsichtsrat (oder nur die Arbeitnehmervertreter) der vertraglich zu konzernierenden Gesellschaft das Zustimmungsrecht zum Abschluß eines Beherrschungsvertrags hat und die Haupt- oder Gesellschafterversammlung in der paritätisch mitbestimmten Tochter nicht gemäß § 111 Abs. 4 Satz 3 und 4 AktG (1o7 Abs. 5 Satz 2 RegE GmbHG) angerufen werden kann.

Die persönliche Haftung der Gesellschafter einer Personengesellschaft als Konzernspitze ist grundsätzlich immer noch ein Argument für die Freistellung von paritätischer Mitbestimmung. Langfristig gesehen ist es angebracht, den Konzern zu einem rechtsfähigen Unternehmensverbund auszubauen oder mitbestimmungsrechtlich gesehen auf den wirtschaftlichen Unternehmensbegriff abzustellen.

IV) Die mitbestimmungsrechtliche Teilkonzernierung

Die mitbestimmungsrechtliche Teilkonzernierung, wie sie in §§ 5 Abs. 3 RegE MitbG 74, MitbG 76 angesprochen ist, ist für die Fälle gedacht, bei denen ein nicht mitbestimmungspflichtiges Unternehmen (Personengesellschaft, ausländisches Unternehmen) als Konzernspitze über ein oder mehrere mitbestimmungspflichtige Tochterunternehmen wiederum andere Konzernunternehmen beherrscht. Damit ist ein Fall der mehrstufigen Unternehmensverbindungen erfaßt. Unter obigen Voraussetzungen sehen die §§ 5 Abs.3 RegE MitbG 74, MitbG 76 eine Zurechnung aller Arbeitnehmer der abhängigen Konzernunternehmen zu dem mitbestimmten Tochterunternehmen vor, das der nicht mitbestimmten Konzernspitze am nächsten steht.

Terminologische Abgrenzungsschwierigkeiten entstehen aber schon bei der Frage, wann die mitbestimmungsfreie Konzernspitze über ein mitbestimmungspflichtiges Unternehmen andere Konzernunternehmen beherrscht[1]. Mit den Worten "herrschen über" kann nur eine mittelbare Herrschaft der Konzernspitze gemeint sein[2], weil einheitliche Leitung von der Teilkonzernspitze nicht ausgeübt werden kann. Das heißt, daß eine unmittelbare Durchgriffsmöglichkeit der Obergesellschaft in der(n) Enkelgesellschaft(en) nicht bestehen darf oder zumindest freiwillig auf die mitbestimmte (n) Tochtergesellschaft(en) übertragen sein muß. Damit würden von vornherein die Fälle aus dem Anwendungsbereich ausscheiden, bei denen zwischen Mutter- und Enkelgesellschaft, wobei letztere wiederum auch von der Tochterzwischengesellschaft abhängig ist, oder zwischen Mutter- und Tochter- und gleichzeitig Tochter- und Enkelgesellschaft Beherrschungsverträge bestehen und die Muttergesellschaft die Enkelgesellschaft zentralistisch führt[3].
Eine mitbestimmungsrechtliche Teilkonzernregelung wird jedoch dann Anwendung finden müssen, wenn im Rahmen mehrstufiger Unternehmensverbindungen nur zwischen Mutter- und mitbestimmter Tochtergesellschaft und zwischen mitbestimmter Tochter- und Enkelgesellschaft Beherrschungsverträge bestehen und die mitbe-

---

1 Dazu insbesondere Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 12 und 13

2 So Lutter, a.a.O., S. 12 Peltzer, BB 74, S. 44o ff, 442; vgl. auch § 17 Abs.1 AktG

3 Auch im zweiten Fall ist die Muttergesellschaft unmittelbar gegenüber den Enkelgesellschaften weisungsbefugt, Emmerich/Sonnenschein, S. 69

stimmungsfreie Muttergesellschaft den Konzern dezentral führt, das heißt, der mitbestimmten Tochterzwischengesellschaft einen eigenen Entscheidungsspielraum beläßt. Das dürfte in Anerkennung der weitgehenden dezentralen Konzernpraxis mit dem eigentlich verfolgten Zweck der mitbestimmungsrechtlichen Teilkonzernregelung übereinstimmen[1].

Besteht nur eine Mehrheitsbeteiligung der mitbestimmungsfreien Obergesellschaft an der mitbestimmungspflichtigen Zwischengesellschaft, wird man zwar von einem "beherrschen über" diese Zwischengesellschaft sprechen können, wenn überhaupt der Tatbestand der Beherrschung der Zwischengesellschaft allein aufgrund der Mehrheitsbeteiligung zulässig und gegeben ist. Das hängt von der Rechtsform der Zwischengesellschaft ab[2].
Ist die Ausübung konzerneinheitlicher Leitung nicht mehr allein in das Belieben der mitbestimmungsfreien Beteiligungsgesellschaft gestellt (wie in der AG), kann die Beteiligungsgesellschaft die nur in Mehrheitsbesitz stehende Zwischengesellschaft nicht allein konzernmäßig beherrschen und folglich auch nicht "über" diese die von der Zwischengesellschaft abhängigen Unternehmen (meist nur durch Beherrschungsvertrag). Eine mitbestimmungsrechtliche Teilkonzernregelung kann keine Anwendung finden.
Ein ähnliches Problem entsteht, wenn zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft ein Beherrschungsvertrag besteht, nicht aber zwischen Tochter- und Enkelgesellschaft. Hier kann die Enkelgesellschaft zwar nur über die Tochtergesellschaft beherrscht werden, ob die Enkelgesellschaft allerdings mit einer Mehrheitsbeteiligung konzernmäßig beherrscht werden kann, hängt wiederum

---

1 Bayer, DB 75, S. 1169; Martens, ZHR 138 (1974), S. 195; zweifelnd wohl Lutter, a.a.O., S. 12

2 Für die GmbH und die AG als Zwischengesellschaft ergeben sich in der Ausübung faktischer konzerneinheitlicher Leitung schon rechtliche Schranken; nach der hier vertretenen Auffassung ist b reiner Mehrheitsbeteiligung an einer AG wegen der paritätischen Mitbestimmung und mitbestimmungsrechtlichen Eigenständigkeit ein "faktischer" Konzern im herkömmlichen Sinn nicht mehr zu organisieren, eine Mehrheitsbeteiligung in der GmbH dagegen bietet nach der hier vorgeschlagenen Lösung weitaus mehr Rechte, um zumindest formell legal noch konzerneinheitliche Leitung ausüben zu können.

von deren Rechtsform ab.

Die Anwendung einer Teilkonzernregelung aufgrund paritätischer Mitbestimmung kann also schon dann Schwierigkeiten bereiten, wenn in der mehrstufigen Unternehmensverbindung eine reine Mehrheitsbeteiligung auftaucht.
Außerdem bestehen erhebliche Feststellungsschwierigkeiten, unter welchen Voraussetzungen ein Beherrschen der Enkelgesellschaften "über" die mitbestimmungspflichtige(n) Zwischengesellschaft(en) vorliegt oder nicht doch eine unmittelbare Beherrschung der Enkelgesellschaft(en) durch die Muttergesellschaft, wenn der Konzernverbund von Beherrschungsverträgen durchzogen ist[1]. Damit entsteht die Frage, welches Ausmaß die Dezentralisierung haben muß. Man kann natürlich auch, davon scheinen die §§ 5 Abs. 3 RegE MitG 74, MitbG 76 auszugehen, einer mitbestimmungsrechtlichen Teilkonzernregelung in Anlehnung an die Dezentralisierungsstruktur in der Konzernpraxis vorbeugenden Charakter beilegen.

Eine weitere Unausgewogenheit der mitbestimmungsrechtlichen Teilkonzernregelung besteht darin, daß die Mitbestimmung in jedem Teilkonzern nur in dem von der paritätischen Mitbestimmung erfaßten Unternehmen stattfindet, das der mitbestimmungsfreien Konzernleitung am nächsten steht[2].
Das von der Mitbestimmung erfaßte Unternehmen, das der Konzernleitung am nächsten steht, läßt sich noch relativ leicht ermitteln, wenn man sich die Unternehmensverbindungskette Muttergesellschaft - Tochtergesellschaft - Enkelgesellschaft(en) vorstellt. Es entstehen aber beträchtliche Probleme, wenn mehrere mitbestimmte Tochtergesellschaften als Zwischengesellschaften gleichberechtigt nebeneinanderstehen[3]. Dann kann es zu sinn- und zwecklosen Be-

---

1 Für ein "beherrschen über" wird die Mehrheitsbeteiligung der Zwischengesellschaft in den Enkelgesellschaften oder ein zwischen ihnen bestehender Beherrschungsvertrag nicht ausreichend sein, vielmehr muß der Willensbildungsprozeß über die Zwischengesellschaft laufen, ansonsten wäre die mitbestimmungsrechtliche Teilkonzernregelung wenig sinnvoll

2 Siehe Begr. RegE MitbG 74 zu § 5, a.a.O., S. 2o

3 Ausführlich Lutter, a.a.O., S. 13; siehe auch Schaubild, ebenda, S. 14; Peltzer, a.a.O., S. 442

teiligungen der Arbeitnehmer der Enkel- und Urenkelgesellschaften in den Aufsichtsräten der Zwischengesellschaften kommen[1]. Eine andere Lösung, die zudem praktischer ist, wäre in der Richtung zu überlegen, ob die Arbeitnehmer der von den Tochtergesellschaften abhängigen Enkelgesellschaften nicht ein aktives und passives Wahlrecht jeweils zum Aufsichtsrat ihrer herrschenden Tochtergesellschaft erhalten sollen. Dadurch wäre zumindest gewährleistet, daß die Arbeitnehmer der Enkelgesellschaften nicht in einem Aufsichtsrat der Tochtergesellschaften vertreten sind, die in bezug auf ihr Unternehmen keinerlei Entscheidung fällen können. Damit ist zugleich das Problem des "Konzerns im Konzern" angesprochen[2].
Jedoch muß man sich dabei, gleichgültig, ob man nun für oder gegen die Anerkennung eines "Konzerns im Konzern" ist, vergegenwärtigen, daß die Arbeitnehmer von Enkelgesellschaften benachteiligt sind, deren fingierte Konzernobergesellschaft (Tochtergesellschaft) wiederum nicht der Mitbestimmung unterfällt.
Insgesamt gesehen wirft eine mitbestimmungsrechtliche Teilkonzernregelung eine Fülle von ungelösten und kaum lösbaren Fragen auf.

Auch an der Wirksamkeit einer solchen Regelung müssen Zweifel angemeldet werden, wenn in einem mehrstufigen Unternehmensverbund ein Beherrschungsvertrag zwischen mitbestimmungsfreier Muttergesellschaft und dem der Konzernleitung am nächsten stehenden paritätisch mitbestimmten Unternehmen besteht[3]. Die einheitlich konzentrierte, teilkonzernrechtliche Mitbestimmung der Arbeitnehmer unterer Konzernstufen kann mit den Mitteln des Beherrschungsvertrags in dem Aufsichtsrat des der Konzernleitung am nächsten stehenden Unternehmens völlig ausgehöhlt werden. Nur wenn diesem Unternehmen ein selbständiger Entscheidungsspielraum überlassen

---

1 Lutter, a.a.O., S. 13

2 Für einen "Konzern im Konzern" Bayer, DB 75, S. 1168 und 1169; Art. 137 Abs. 3 des Statuts der Europäischen Aktiengesellschaft, a.a.O.; dagegen Lutter, a.a.O., S. 12; Hoffmann, BB 74, S. 1277

3 Dazu Martens, a.a.O., S. 196 und 197; Hoffmann, a.a.O.

wird, der nicht die wesentlichen unternehmerischen Entscheidungen umfassen kann, wenn die Konzerneinheit gewahrt bleiben soll, kann sich der paritätische Mitbestimmungseinfluß der Arbeitnehmer der Enkel- und Urenkelgesellschaften in der von Gesetzes wegen fingierten Konzernobergesellschaft angemessen entfalten[1].
So sehr die Bemühungen auch anzuerkennen sind, eine Aushöhlung des mitbestimmungsrechtlichen Einflusses der Arbeitnehmer unterer Konzernstufen dadurch teilweise auszugleichen, daß konzernrechtliche Mitbestimmung in eine mitbestimmte Teilkonzernspitze verlagert wird, muß einederartige Regelung vom systematischen Ansatz unausgewogen bleiben.

---

1 Mit einer zu optimistischen Einschätzung Bayer, a.a.O., S. 1169

5. Teil: Würdigung und Entwicklungstendenzen

A) Überblick

Jede rechtsformspezifische Mitbestimmungslösung hat zwangsläufig Auswirkungen auf den Ort und den Intensitätsgrad unternehmerischer Mitbestimmung im Konzern. Eine einheitliche Konzernmitbestimmungsregelung gleicher Effektivität für alle Konzerne ist nicht möglich, solange nicht eine Mitbestimmungsregelung an eine wirtschaftlich-unternehmerische Einheit anknüpft, sondern immer noch an die rechtliche Einheit unter Berücksichtigung der besonderen Strukturmerkmale einer jeden im Konzern existenten Gesellschaftsform. Da sich die unternehmerische Aufsichtsratsmitbestimmung schon bei den Einzelgesellschaften in unterschiedlicher Weise bemerkbar macht, kann diese Tatsache nicht ohne Folgen für gesellschaftsrechtliche Umstrukturierungsprozesse innerhalb des Konzerns sein, um konzerneinheitliche Leitung voll zu gewährleisten und den mitbestimmungsrechtlichen Einfluß in den Untergesellschaften soweit wie möglich auszuschalten. Gerade im Konzern bieten sich für die Obergesellschaft mannigfaltige, durch die rechtsformspezifische Mitbestimmung bedingte Wege an, besonders der paritätischen Mitbestimmung aus dem Weg zu gehen.

B) Entwicklungstendenzen

I) Der sogenannte faktische Konzern

Faktische konzerneinheitliche Leitung in einer in Mehrheitsbesitz stehenden AG oder GmbH erfährt schon aus Gründen des Gläubiger- und Minderheitenschutzes enge Grenzen, die freilich bislang in der Praxis nur wenig Beachtung gefunden haben. Hinzu kommt nunmehr der paritätische Mitbestimmungseinfluß, der die konzerneinheitliche Leitung mittels einer reinen Mehrheitsbeteiligung weiter erschweren kann. Inwieweit jedoch mit Hilfe paritätischer Mitbestimmung die

in Mehrheitsbesitz stehende AG oder GmbH in die Lage versetzt wird, eine nach eigenen Interessen orientierte Unternehmenspolitik zu betreiben, was den Intentionen der §§ 311 ff AktG, 247 ff RegE GmbHG entspricht, erscheint fraglich.
Gewiß wird man sagen können, daß die paritätische Mitbestimmung die Möglichkeit mit sich bringt, sich von der strikten Befolgung des Konzerninteresses zu lösen. Das mehrheitlich beteiligte Unternehmen hat im Aufsichtsrat und den vertretungsberechtigten Organen einen Autonomie- und Autoritätsverlust zu beklagen, wobei der Verlust der Geschäftsführerpersonalhoheit in der GmbH weniger schwer wiegt, da die Geschäftsführer schon von Gesetzes wegen eine schwache Position einnehmen. Andererseits darf weder die oftmals bestehende wirtschaftliche Abhängigkeit von der Beteiligungsgesellschaft übersehen werden noch die Tatsache, daß der Einfluß der Beteiligungsgesellschaft gesellschaftsrechtlich immer noch ausreicht, einer eigenständigen Politik des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens entgegenzuwirken.
Eine Befreiung vom unternehmerischen Interesse (Konzerninteresse) der Beteiligungsgesellschaft ist weder in einer AG und wegen der andersartigen Kompetenzverteilung noch weniger in einer GmbH möglich.
Loslösungstendenzen vom Konzerninteresse erschweren zwar die konzerneinheitliche Leitung, so daß man insbesondere bei einer in Mehrheitsbesitz stehenden AG nicht mehr von einem "faktischen" Konzern im herkömmlichen Sinn wird sprechen können. Andererseits läßt die paritätische Mitbestimmung keineswegs den Schluß zu, daß eine vom Konzerninteresse unabhängige Interessenverselbständigung der in Mehrheitsbesitz stehenden AG entsteht. Die "Macht des Faktischen" wird auch bei paritätischer Mitbestimmung noch (wenn auch eingeschränkt) zugunsten der einheitlichen Leitung ihre Wirkung entfalten.

II) Verstärkung der Konzentrationsprozesse

Eine umfassende Integration der in Mehrheitsbesitz stehenden AG

oder GmbH in einen "faktischen" Unterordnungskonzernverbund wird mit Einführung paritätischer Mitbestimmung nahezu ausgeschlossen sein. Dazu ist der Einfluß der Beteiligungsgesellschaft in Aufsichtrat und Vorstand der abhängigen AG und auch in der GmbH zu stark eingeschränkt, so daß sich die Beteiligungsgesellschaft mit dem Mitbestimmungseinfluß auseinandersetzen muß. Es ist deshalb zu erwarten, daß ein verstärkter Andrang auf den Abschluß von Beherrschungsverträgen stattfindet, um eine einheitliche Leitung rechtlich abzusichern. Diese ist nach der hier vertretenen Auffassung ebenso gewährleistet wie bei einer Fusion, so daß kein begründeter Anlaß besteht, sofort in die Fusion wie etwa bei echter mehrstufiger Parität im Vertragskonzern auszuweichen[1].

Es liegt im wohlverstandenen Schutzinteresse der Minderheitsaktionäre und Gläubiger des in Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmens, wenn sowohl durch rechtliche Schranken als auch durch paritätische Mitbestimmung Druck auf den Abschluß von Beherrschungsverträgen ausgeübt wird, da sich die §§ 311 ff AktG als wenig wirksame Vorschriften erweisen[2].
Nur im Vertragskonzern wird der Konzern in klare und überschaubare rechtliche Bahnen gelenkt. Die Minderheitsaktionäre sind durch eine Dividendengarantie und durch eine Abfindung in Geld oder durch Überlassen von Aktien ausreichend gesichert (§§ 3o4, 3o5 AktG). Einem ausreichenden Schutz der Gläubiger dienen die §§ 3oo-3o3 AktG, insbesondere durch die Bildung einer gesetzlichen Rücklage und durch eine Verlustübernahme.
Wenn demgegenüber befürchtet wird, der vermehrte Abschluß von Beherrschungsverträgen verstärke die Konzentration[3], so muß dies verwundern. Bei der Mitbestimmung nach dem BetrVG muß zwar die Stellung der Untergesellschaft eines faktischen Konzerns aus Gläubiger- und Minderheitenschutzgründen eine wirtschaftlich viel unabhängigere als im Vertragskonzern sein. Wegen der personellen Verflechtungen, Mehrheit der Obergesellschaft

---

1 Bayer, DB 75, S. 1172

2 Statt vieler Emmerich/Sonnenschein. S. 154 und 174

3 Siehe Martens, a.a.O., S. 2o1; Lutter, a.a.O., S. 51; Bayer, a.a.O., S. 1171; Hoffmann, Handelsblatt vom 18.11.74, S. 2

im Aufsichtsrat der Untergesellschaft und der Abhängigkeit des Tochter-Vorstands von der Obergesellschaft ist es aber unrealistisch zu glauben, in der Praxis könne und würde, wenn auch materiell illegal, der faktische Konzern nicht wie ein Vertragskonzern geführt werden[1].

Wenn auch die Untergesellschaft im faktischen Konzern bei Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer weniger mittels Weisungen der Obergesellschaft gesteuert wird, so bestimmen doch primär die Vertreter des herrschenden Unternehmens im Aufsichtsrat und sekundär ein konzerngetreuer Tochter-Vorstand die Unternehmenspolitik, die zwangsläufig mit der Konzernpolitik übereinstimmt. Kennzeichnend dafür ist, daß das Verhältnis der Untergesellschaft zur Konzernspitze im Vertragskonzern wie im faktischen Konzern in wettbewerbspolitischer Hinsicht in gleicher Weise von der Obergesellschaft festgelegt wird. Es entspricht in keinem Fall der Realität, daß die Untergesellschaft im faktischen Konzern nach eigenem Belieben in den freien Wettbewerb mit der Obergesellschaft treten kann[2].

Wenn selbst Kenner der Konzernpraxis zugeben, daß hinsichtlich konzerneinheitlicher Leitung im Vertragskonzern und im faktischen Konzern kaum Unterschiede festzustellen sind[3], so muß es um so mehr verwundern, wenn man dem vermehrten Abschluß von Beherrschungsverträgen konzentrationsfördernde Wirkung beimißt. Die wirtschaftliche Einheit kann im faktischen Konzern bei der BetrVG-Mitbestimmung (und wohl auch bei der Mitbestimmung nach dem MitBG 76) und gleichzeitiger Mehrheitsbeteiligung tatsächlich in demselben Umfang hergestellt werden wie im Vertragskonzern, so daß praktisch schon derselbe Konzentrationsgrad im faktischen wie im Vertragskonzern besteht[4].

Aus diesem Grund kann auch der durch paritätische Mitbestimmung verstärkte Druck auf den Abschluß eines Beherrschungsvertrags keineswegs als konzentrationsfördernd angesehen werden, wenn man

---

1 So selbst Bayer, DB 75, S. 1172

2 Siehe auch dazu Kittner, AuR 76, S. 13

3 Bayer, a.a.O.; vgl. auch das Beispiel aus der Praxis hinsichtlich der Einstellung zum faktischen Konzern bei Kronstein, Festschrift Geßler 71, S. 221/222

4 Siehe auch Kittner, a.a.O.; das verkennt Martens, a.a.O., S. 202

sich die Intensität einheitlicher Konzernleitung im faktischen Konzern bei der Mitbestimmung nach dem BetrVG vor Augen hält.

Die nach der hier vertretenen Auffassung erforderliche Zustimmung des Aufsichtsrats oder seiner Arbeitnehmervertreter zum Abschluß eines Beherrschungsvertrags wird die Unternehmenskonzentration an sich und die Organisation eines Vertragskonzerns kaum erschweren. Dafür sprechen mehrere, bislang nicht zu widerlegende Gesichtspunkte.
Zum einen hat sich ergeben, daß die Arbeitnehmervertreter Konzentrationsbestrebungen grundsätzlich nicht ablehend gegenüberstehen[1]. Zum anderen zeigt sich in der Unternehmenspraxis, daß der Abschluß eines Beherrschungsvertrags vielfach kraft Satzung an die Zustimmung des Aufsichtsrats gebunden ist[2] und insbesondere, was bemerkenswert ist, bei Maßnahmen, die nach Gesetz nur der Hauptversammlung vorbehalten sind (zB Beherrschungsvertrag), die Zustimmung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat eingeholt wird[3]. Alle diese Gesichtspunkte zeigen, daß auch bei Unternehmenskonzentrationen durch Beherrschungsverträge wirtschaftliche Notwendigkeiten im Vordergrund stehen. Die paritätische Mitbestimmung wird daher Konzentrationsprozesse oder den Abschluß von Beherrschungsverträgen kaum eindämmen.
Selbst aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht ergibt sich für alle Konzernarbeitnehmer bei Existenz von Konzernbetriebsräten und der unmittelbaren Geltung der durch sie mit der Konzernleitung vereinbarten Betriebsvereinbarungen eine stärkere Tendenz zum Abschluß von Beherrschungsverträgen[4].
Nur dort, wo es um einen Beherrschungsvertrag mit einem paritätisch nicht mitbestimmten Unternehmen geht, ist damit zu rechnen, daß die zukünftige Konzernspitze Konzessionsbereitschaft gegenüber den Arbeitnehmervertretern der zu konzernierenden Gesellschaft zeigen muß.

---

1 Mitbestimmungskommission, a.a.O., S. 45 unter 47.
2 Martens, a.a.O., S. 202
3 Raiser, Festschrift L. Raiser 74, S. 366
4 Dazu Biedenkopf, Festschrift Sanders 72, S. 14

III) Anderweitige strukturelle Maßnahmen

Eine Umwandlung der AG in eine GmbH gemäß den §§ 369 ff AktG ist insofern auch nach der hier zur paritätischen Mitbestimmungslösung in der GmbH vertretenen Auffassung von Interesse, als schon allein die Mehrheitsbeteiligung immer noch attraktiver ist und dem Mehrheitsgesellschafter mehr Einflußmöglichkeiten verschafft als in der AG.
Allerdings werden diese Einflußmöglichkeiten bei paritätischer Mitbestimmung nicht ausreichen, eine einheitliche faktische Leitungsintensität wie bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags zu errichten. Unter diesem Aspekt fragt es sich, ob es vom unternehmerischen Standpunkt aus noch interessant ist, eine AG in eine GmbH umzuwandeln.
Schwierigkeiten hinsichtlich der Umwandlung ergeben sich für das mehrheitlich beteiligte Unternehmen zudem daraus, daß dem Umwandlungsbeschluß grundsätzlich alle Aktionäre zustimmen müssen (§ 369 Abs. 2 Satz 1 AktG) oder zumindest neun Zehntel des Grundkapitals, wenn die AG weniger als 5o Aktionäre hat (§ 369 Abs. 3 AktG).
Falls weder eine 1oo %ige noch eine 9o %ige Beteiligung besteht und die AG nicht mehr als 5o Aktionäre hat, können die Minderheitsaktionäre die Umwandlung verhindern oder ihre Zustimmung zur Sicherung ihrer Rechte als zukünftige GmbH-Gesellschafter, die hier wegen der weitreichenderen Kompetenzen der Gesellschafterversammlung und damit des Mehrheitsgesellschafters weitaus mehr gefährdet sind als in der AG, von bestimmten Zugeständnissen abhängig machen. Gewisse kompensatorische Gegenleistungen, soweit sie darauf abzielen, die Stellung der zukünftigen GmbH-Minderheitsgesellschafter zu stärken, stehen dem mit der Umwandlung verfolgten Zweck des Mehrheitsaktionärs der AG entgegen.
Eine Umwandlung kommt deshalb im Fall einer Mehrheitsbeteiligung wohl nur dann in Betracht, wenn eine 1oo %ige Beteiligung an der AG besteht und das Unternehmen nicht auf den Kapitalmarkt angewiesen ist.

Bei einer nach Umwandlung bestehenden Alleinbeteiligung an der GmbH wird faktische konzerneinheitliche Leitung allerdings dann in vollem Umfang möglich sein (läßt man einmal Gläubigerschutzinteressen unberücksichtigt), wenn man sich entschließt, die paritätische Mitbestimmung grundsätzlich in der 1oo %igen GmbH-Tochter unter der Voraussetzung auszuschließen, daß die Obergesellschaft paritätisch mitbestimmt ist[1]. Damit würde aber zugleich deutlich, daß die Arbeitnehmervertreter in der abhängigen AG, läßt man die Kompetenz zu einem Umwandlungsbeschluß allein bei der Hauptversammlung, keinerlei Einfluß auf den mit der Umwandlung in eine GmbH verbundenen mitbestimmungsverkürzenden Zustand in der GmbH haben.
Aber auch, wenn man sich dazu nicht bereit erklärt, geht die in der Gesellschafterversammlung der GmbH festgelegte Unternehmenspolitik in der Konzernpolitik auf und ist mit ihr teilidentisch. Da die Beteiligungsgesellschaft diese konzernorientierte Unternehmenspolitik der GmbH legal in ihrer Gesellschafterversammlung festlegen kann, besteht im Vergleich zum unverbundenen Unternehmen insoweit kein Unterschied, als auch dort die paritätische Mitbestimmung die einheitliche Leitung nicht in Frage stellt.
Trotzdem erhebt sich bei der 1oo %igen Beteiligung sowohl dann, wenn die GmbH grundsätzlich von der paritätischen Mitbestimmung freigestellt wird, als auch in noch größerem Maße dann, wenn die paritätische Mitbestimmung beibehalten wird, die Frage, inwieweit eine Umwandlung der AG überhaupt noch sinnvoll ist, wenn die Obergesellschaft in der Lage ist, einen Beherrschungsvertrag zu schließen. Maßgebend kann sein, die Zustimmung des Aufsichtsrats oder nur der Arbeitnehmervertreter zum Abschluß des Beherrschungsvertrags zu umgehen und/oder, daß der Beteiligungsgesellschaft die größeren Einflußnahmemöglichkeiten in der GmbH gegenüber der AG für ein kooperatives Zusammenwirken ausreichend erscheinen und sie auf eine umfassende Leitungsmacht aufgrund eines Beherrschungsvertrags nicht angewiesen ist.

---

1 Siehe S. 232 ff

Im übrigen dürfte es kaum einleuchtende Gründe dafür geben, weshalb eine AG in eine GmbH umgewandelt werden sollte, wenn die Beteiligungsgesellschaft die Absicht hat, die Untergesellschaft in den Konzernverbund zu integrieren.

Weiterhin bieten sich in den übrigen Fällen der Erschwerung konzerneinheitlicher Leitung auf faktischer Grundlage oder gar für eine Aushöhlung der paritätischen Mitbestimmung im Vertragskonzern weitreichende Möglichkeiten[1]. So ist nicht auszuschließen, daß die paritätische Mitbestimmung Auswirkungen auf die Wahl der Gesellschaftsform oder den Sitz der Konzernspitze, auf Umwandlungsprozesse von einer mitbestimmten Konzernspitze in eine nicht mitbestimmte bzw. auf die Ausgliederung der Konzernleitungsmacht auf eine mitbestimmungsfreie Gesellschaft hat. Auch können die Tochtergesellschaften in kleinere, nur der BetrVG-Mitbestimmung unterfallende Gesellschaften aufgespalten oder durch rechtlich unselbständige Zweigniederlassungen ersetzt werden[2]. Inwieweit und in welchem Umfang derartige Umorganisationen in der Praxis Realität werden, hängt von haftungsrechtlichen, steuerrechtlichen[3] usw. Faktoren ab. Bei Abschluß von Beherrschungsverträgen mit einem paritätisch mitbestimmten abhängigen Unternehmen bleibt immerhin zu berücksichtigen, daß durch die Zustimmung des Aufsichtsrats Umorganisationen in der Obergesellschaft in gewissem Umfang begegnet werden kann.

---

1 Siehe Reich/Lewerenz, a.a.O., S. 268

2 Siehe auch Schwerdtfeger, Mitbestimmung und Grundgesetz, S. 127; Farthmann, Die Zeit vom 15.11.74, S. 35

3 Siehe Hillert, BB 7o, S. 126o

6. Teil: Das sogenannte Gemeinschaftsunternehmen und die paritätische Mitbestimmung

A) Begriff und Bedeutung

Gemeinschaftsunternehmen gewinnen in der Unternehmenspraxis immer mehr an Bedeutung[1]. Kennzeichnend für das Gemeinschaftsunternehmen ist, daß zwei oder mehrere Unternehmen zum Zwecke der Zusammenarbeit ein anderes gründen oder sich an einem bereits bestehenden Unternehmen beteiligen[2]. Die Beteiligungsquoten der am Gemeinschaftsunternehmen beteiligten unabhängigen Unternehmen können unterschiedlich sein, wie auch die Zahl der beteiligten Unternehmen. Selbst Minderheitsgesellschafter bzw. -aktionäre können noch im Gemeinschaftsunternehmen vorhanden sein. Das bekannteste ist das 50:50 Gemeinschaftsunternehmen, an dem also nur zwei Unternehmen je zur Hälfte beteiligt sind[3]. Die Rechtsform des Gemeinschaftsunternehmens kann beliebig sein. Überwiegend ist die Rechtsform der AG und besonders der GmbH anzutreffen[4].
Bevor auf die mitbestimmungsrechtliche Problematik im "Mehrmütterkonzern" eingegangen werden kann, bedarf es der Klärung, wie das Gemeinschaftsunternehmen konzernrechtlich zu behandeln ist.

B) Die konzernrechtliche Behandlung

Aus konzernrechtlicher Sicht unproblematisch und hier nicht weiter von Interesse sind die Fälle, bei denen einem der am Gemeinschaftsunternehmen beteiligten Unternehmen gegenüber den anderen ein Stimmenübergewicht zukommt[5] oder die zu gleichen Teilen betei-

---

1 Barz, Festschrift Kaufmann 72, S. 59 ff, 59 Fußn. 1 und Emmerich/Sonnenschein, S. 31 Fußn. 36 mit zahlreichen Beispielen

2 Huffschmid, S. 53; Emmerich/Gansweid, JuS 75, S. 294 f1, 295; zu den Gründen der Bildung eines Gemeinschaftsunternehmens Nordmeyer, S. 92; Barz, a.a.O., S. 59

3 ZB das Gemeinschaftsunternehmen der Kraftwerk Union AG von Siemens und AEG-Telefunken, Frankfurter Rundschau vom 21.11. 75, S. 7

4 Emmerich/Gansweid, a.a.O., S. 295

5 Damit liegt eindeutig nur Abhängigkeit des Gemeinschaftsunternehmens von diesem Unternehmen vor

ligten Unternehmen unkoordiniert gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen vorgehen[1]. Allein von Bedeutung und problematisch ist der Fall, bei dem gleichgewichtig beteiligte Unternehmen dem Gemeinschaftsunternehmen mit einem einheitlichen Willen gegenübertreten.

Die Frage, ob das Gemeinschaftsunternehmen gleichzeitig von mehreren Müttern abhängig sein kann, wird, da der Gesetzgeber dazu nicht eindeutig Stellung bezogen hat, unterschiedlich beurteilt. Ein koordiniertes Vorgehen der Mütter wird meist durch Abschluß eines Konsortialvertrags zwischen den Beteiligungsgesellschaften, der sie zu einheitlichem Vorgehen im Gemeinschaftsunternehmen verpflichtet, und durch auf eine in dieser Weise entstehende BGB-Gesellschaft geschaffen[2].
Aber auch ohne Konsortialvertrag kann ein koordiniertes Vorgehen durch längerfristige Absprachen erreicht werden.
Die Stellungnahmen zur Abhängigkeit reichen von genereller Ablehnung der Abhängigkeit von mehreren Müttern, weil gemäß dem Wortlaut des § 17 Abs. 1 AktG[3] keines der beteiligten Unternehmen die Möglichkeit hat, allein beherrschenden Einfluß auszuüben[4], bis hin zur vollständigen Bejahung der Mehrmütterabhängigkeit[5]. Eine Mittelmeinung hält eine Abhängigkeit des Gemeinschaftsunternehmens nur von der BGB-Gesellschaft für begründet, wenn die Beteiligungsgesellschaften einen Konsortialvertrag geschlossen haben, da die an den Abhängigkeitsbegriff knüpfenden weiteren Rechtsfolgen (vgl. nur §§ 311 ff AktG) bei mehrfacher Abhängigkeit nur schwierig

---

1 Wegen des Neutralisationseffekts besteht dann überhaupt keine Abhängigkeit

2 Emmerich/Sonnenschein, S. 33; Hoffmann, FAZ-Blick durch die Wirtschaft vom 30.1.75, S. 7

3 Hier ist die Rede von e i n e m herrschenden Unternehmen

4 Würdinger in Großkomm. AktG, § 17 Anm. 11; Boetius, DB 70, S. 1964 ff, 1965; Ahrens, Die AG 75, S. 151 ff, 153

5 BGHZ 62, S. 193; Nordmeyer, S. 100; Emmerich/Gansweid, a.a.O., S. 296; Geßler, ZGR 74, S. 476 ff, 481; Lutter, NJW 73, S. 113 ff, 117

eine befriedigende Lösung vermitteln können[1].
Ohne ein abschließendes Urteil treffen zu wollen, kann zumindest soviel festgestellt werden, daß die generelle Verneinung der Abhängigkeit weder den Interessen und Schutzfunktionen des Gemeinschaftsunternehmens entspricht noch der tatsächlichen Situation, in der sich das Gemeinschaftsunternehmen befindet. Wenn § 17 Abs. 1 AktG von e i n e m herrschenden Unternehmen spricht, kann dadurch bei verständiger Auslegung nur zum Ausdruck gebracht werden, daß dem abhängigen Unternehmen ein einziger und einheitlicher, fremdbestimmter Wille gegenübersteht, gleichgültig, wie dieser zustandekommt. Ein in diesem Sinn bestehender unternehmerischer Wille ist aber auch vorhanden, wenn die mehreren Mütter ihre Verhaltensweise koordiniert haben.
Eine solche Auslegung des § 17 Abs. 1 AktG deckt sich auch mit der Stellung des Gemeinschaftsunternehmens, das keineswegs eine von den Müttern losgelöste Unternehmenspolitik betreiben kann. Gerade deshalb entspricht es Sinn und Zweck der §§ 311 ff AktG (247 ff RegE GmbHG), eine Abhängigkeit, ob nun von der BGB-Gesellschaft oder allen Müttern, anzunehmen, da aus der Sicht des Gemeinschaftsunternehmens, auf die hier abgestellt werden muß, kein Zweifel an dem beherrschenden Einfluß bestehen kann[2].
Ob nun die mehreren Mütter jeweils allein als herrschendes Unternehmen anzusehen sind oder nur die konsortiale BGB-Gesellschaft, soll mit bei der Mitbestimmungsproblematik behandelt werden[3].

C) Die Frage des Wahlrechts der Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens zum Aufsichtsrat der Obergesellschaft(en)

I) Das maßgebliche Entscheidungszentrum

Die paritätische Mitbestimmung in einem Gemeinschaftsunternehmen in der Form der AG oder GmbH bringt es mit sich, daß sich zwar an dem Abhängigkeitstatbestand des Gemeinschaftsunterneh-

1 Reinhardt, Gesellschaftsrecht, Rdnr. 632; Barz, a.a.O., S. 63; zu den Rechtsfolgen mehrfacher Abhängigkeit Emmerich/Gansweid, a.a.O., S. 297 ff; Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 17 Rdnr. 20

2 Siehe nur Emmerich/Gansweid, a.a.O. S. 296; Lutter, a.a.O., S. 116; Schulze, Wpg 68, S. 85 ff, 87; BGHZ 62, S. 193 ff, 197

3 Siehe S. 274 ff

ligten Unternehmen unkoordiniert gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen vorgehen[1]. Allein von Bedeutung und problematisch ist der Fall, bei dem gleichgewichtig beteiligte Unternehmen dem Gemeinschaftsunternehmen mit einem einheitlichen Willen gegenübertreten.

Die Frage, ob das Gemeinschaftsunternehmen gleichzeitig von mehreren Müttern abhängig sein kann, wird, da der Gesetzgeber dazu nicht eindeutig Stellung bezogen hat, unterschiedlich beurteilt. Ein koordiniertes Vorgehen der Mütter wird meist durch Abschluß eines Konsortialvertrags zwischen den Beteiligungsgesellschaften, der sie zu einheitlichem Vorgehen im Gemeinschaftsunternehmen verpflichtet, und durch auf eine in dieser Weise entstehende BGB-Gesellschaft geschaffen[2].
Aber auch ohne Konsortialvertrag kann ein koordiniertes Vorgehen durch längerfristige Absprachen erreicht werden.
Die Stellungnahmen zur Abhängigkeit reichen von genereller Ablehnung der Abhängigkeit von mehreren Müttern, weil gemäß dem Wortlaut des § 17 Abs. 1 AktG[3] keines der beteiligten Unternehmen die Möglichkeit hat, allein beherrschenden Einfluß auszuüben[4], bis hin zur vollständigen Bejahung der Mehrmütterabhängigkeit[5]. Eine Mittelmeinung hält eine Abhängigkeit des Gemeinschaftsunternehmens nur von der BGB-Gesellschaft für begründet, wenn die Beteiligungsgesellschaften einen Konsortialvertrag geschlossen haben, da die an den Abhängigkeitsbegriff knüpfenden weiteren Rechtsfolgen (vgl. nur §§ 311 ff AktG) bei mehrfacher Abhängigkeit nur schwierig

---

1 Wegen des Neutralisationseffekts besteht dann überhaupt keine Abhängigkeit

2 Emmerich/Sonnenschein, S. 33; Hoffmann, FAZ-Blick durch die Wirtschaft vom 30.1.75, S. 7

3 Hier ist die Rede von e i n e m herrschenden Unternehmen

4 Würdinger in Großkomm. AktG, § 17 Anm. 11; Boetius, DB 70, S. 1964 ff, 1965; Ahrens, Die AG 75, S. 151 ff, 153

5 BGHZ 62, S. 193; Nordmeyer, S. 100; Emmerich/Gansweid, a.a.O., S. 296; Geßler, ZGR 74, S. 476 ff, 481; Lutter, NJW 73, S. 113 ff, 117

eine befriedigende Lösung vermitteln können[1].
Ohne ein abschließendes Urteil treffen zu wollen, kann zumindest soviel festgestellt werden, daß die generelle Verneinung der Abhängigkeit weder den Interessen und Schutzfunktionen des Gemeinschaftsunternehmens entspricht noch der tatsächlichen Situation, in der sich das Gemeinschaftsunternehmen befindet. Wenn § 17 Abs. 1 AktG von e i n e m herrschenden Unternehmen spricht, kann dadurch bei verständiger Auslegung nur zum Ausdruck gebracht werden, daß dem abhängigen Unternehmen ein einziger und einheitlicher, fremdbestimmter Wille gegenübersteht, gleichgültig, wie dieser zustandekommt. Ein in diesem Sinn bestehender unternehmerischer Wille ist aber auch vorhanden, wenn die mehreren Mütter ihre Verhaltensweise koordiniert haben.
Eine solche Auslegung des § 17 Abs. 1 AktG deckt sich auch mit der Stellung des Gemeinschaftsunternehmens, das keineswegs eine von den Müttern losgelöste Unternehmenspolitik betreiben kann. Gerade deshalb entspricht es Sinn und Zweck der §§ 311 ff AktG (247 ff RegE GmbHG), eine Abhängigkeit, ob nun von der BGB-Gesellschaft oder allen Müttern, anzunehmen, da aus der Sicht des Gemeinschaftsunternehmens, auf die hier abgestellt werden muß, kein Zweifel an dem beherrschenden Einfluß bestehen kann[2].
Ob nun die mehreren Mütter jeweils allein als herrschendes Unternehmen anzusehen sind oder nur die konsortiale BGB-Gesellschaft, soll mit bei der Mitbestimmungsproblematik behandelt werden[3].

C) Die Frage des Wahlrechts der Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens zum Aufsichtsrat der Obergesellschaft(en)

I) Das maßgebliche Entschädungszentrum

Die paritätische Mitbestimmung in einem Gemeinschaftsunternehmen in der Form der AG oder GmbH bringt es mit sich, daß sich zwar an dem Abhängigkeitstatbestand des Gemeinschaftsunterneh-

1 Reinhardt, Gesellschaftsrecht, Rdnr. 632; Barz, a.a.O., S. 63; zu den Rechtsfolgen mehrfacher Abhängigkeit Emmerich/Gansweid, a.a.O., S. 297 ff; Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 17 Rdnr. 20

2 Siehe nur Emmerich/Gansweid, a.a.O. S. 296; Lutter, a.a.O., S. 116; Schulze, Wpg 68, S. 85 ff, 87; BGHZ 62, S. 193 ff, 197

3 Siehe S. 274 ff

mens nichts ändert, konzerneinheitliche Leitung durch die mehreren Mütter oder die BGB-Gesellschaft aufgrund alleiniger Beteiligung aber in erster Linie konzernrechtlichen und in zweiter Linie mitbestimmungsrechtlichen Schranken unterlegen ist.
Klammert man einmal die rechtliche Zulässigkeit der faktischen konzerneinheitlichen Leitung des Gemeinschaftsunternehmens in Form der AG oder GmbH aus, hat die paritätische Mitbestimmung für das AG-Gemeinschaftsunternehmen und die mehreren Mütter bzw. die BGB-Gesellschaft als herrschende(m) Unternehmen zur Folge, daß sowohl abhängiges Gemeinschaftsunternehmen als auch das (die) herrschende(n) Unternehmen bei kooperativem Zusammenwirken der Unternehmen ihre mitbestimmungsrechtliche Eigenständigkeit bewahren[1].
Für die GmbH als Gemeinschaftsunternehmen ist es bei reiner Beteiligung angebracht, eine Zurechnung der Arbeitnehmer zum oder zu den herrschenden Unternehmen des GmbH-Gemeinschaftsunternehmens stattfinden zu lassen[2]. Doch darf der Autonomievorsprung der Gesellschafterversammlung und damit der koordinierten Mehrheitsbeteiligung gegenüber Geschäftsführern und Aufsichtsrat nicht darüber hinwegtäuschen, daß das GmbH-Gemeinschaftsunternehmen nicht in dem Maße wie bei der BetrVG-Mitbestimmung umfassend in einen Konzernverbund zu integrieren ist.
Die konzernrechtliche Mehrmütter-Mitbestimmungsproblematik spitzt sich deshalb bei paritätischer Mitbestimmung auf den Vertragskonzern mit dem Gemeinschaftsunternehmen als Tochtergesellschaft zu.
Der Abschluß eines Beherrschungsvertrags kann allerdings wegen der Gefahr widersprüchlicher Weisungen nicht zwischen Gemeinschaftsunternehmen und jeder einzelnen Beteiligungsgesellschaft in Betracht kommen[3], sondern nur über eine kraft Konsortialvertrages zwischen den Beteiligungsmüttern entstandene BGB-Gesellschaft[4].

---

1 Vgl. S. 190/191

2 Vgl. S. 228

3 Emmerich/Sonnenschein, S. 70; Koppensteiner, ZHR 131 (1968), S. 297

4 Emmerich/Gansweid, a.a.O., S. 298; Barz, a.a.O., S. 66

Mit dieser Feststellung ist aber noch keine Entscheidung darüber getroffen, wer eigentliches Zurechnungssubjekt des Herrschafts- bzw. Konzernverhältnisses ist. Vertragspartner des Gemeinschaftsunternehmens ist die konsortiale BGB-Gesellschaft. Unter diesem Gesichtspunkt könnten die hinter ihr stehenden mehreren Mütter in konzernrechtlicher Hinsicht an Bedeutung verlieren. Die konsortiale BGB-Gesellschaft müßte als herrschendes und konzernleitendes Unternehmen angesehen werden[1].
Die Dazwischenschaltung einer BGB-Gesellschaft stellt aber zunächst nur ein konzernrechtlich notwendiges Instrument dar, um überhaupt einen Beherrschungsvertrag mit dem Gemeinschaftsunternehmen abschließen und eine gemeinsame Willensbildung der mehreren Mütter festlegen zu können.
Im Zuge der Betonung der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns soll jegliche Mitbestimmung primär dort stattfinden, wo der maßgebliche konzernleitende Entscheidungsprozeß vollzogen wird. Wo der eigentliche Willensbildungsprozeß in bezug auf Maßnahmen gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen stattfindet, dort ist auch die mitbestimmungsrechtliche Zurechnung vorzunehmen[2].

Stellt man auf die letzte, für das Gemeinschaftsunternehmen verbindliche, einheitliche Entscheidung ab, kann diese sicherlich nicht in den Organen eines jeden Mutterunternehmens fallen, weil durch den Konsortialvertrag gegenseitige Rücksichtnahme geboten ist[3].
Wird demzufolge die konsortiale BGB-Gesellschaft aber als maßgebliches Entscheidungszentrum anerkannt, ist sie als herrschendes Unternehmen und Konzernspitze mitbestimmungsrechtlich gesehen völlig untauglich, solange die BGB-Gesellschaft nicht der Mitbestimmung unterfällt[4].
Die Konzernzugehörigkeit des Gemeinschaftsunternehmens zur BGB-Gesellschaft ist aus konzernmitbestimmungsrechtlicher Sicht schon bedenklich.

---

1 So Barz, a.a.O., S. 66
2 Siehe Bayer, ZGR 77, S. 173 ff, 189
3 So wohl Koppensteiner, a.a.O., S. 326; Barz, a.a.O., S. 71
4 Hoffmann, a.a.O., S. 7

Um zu einer klaren und eindeutigen Lösung hinsichtlich der abhängigkeits- und konzernbegründenden Zurechnung des Gemeinschaftsunternehmens zu gelangen, darf bei der Frage des maßgeblichen Entscheidungszentrums konzernleitender Maßnahmen nicht auf die endgültige, dem Gemeinschaftsunternehmen gegenübertretende Entscheidung abgestellt werden. Vielmehr muß daran angeknüpft werden, wem der maßgebliche Einfluß auf das Zustandekommen dieser Entscheidung zufällt - den Organen der mehreren Mütter oder der konsortialen BGB-Gesellschaft.
Es hat den Anschein, als trübe die BGB-Gesellschaft als Koordinierungsstelle den Blick für eine sachgerechte Lösung. In dem Begriff der Koordinierungsstelle ist bereits enthalten, daß wichtige Entscheidungen, die das Gemeinschaftsunternehmen betreffen, schon in den einzelnen Muttergesellschaften vorprogrammiert und konkrete inhaltliche Vorstellungen entwickelt worden sind. Die Planung einer auf das Gemeinschaftsunternehmen bezogenen Maßnahme erfolgt zunächst einmal getrennt in jeder Mutter, unabhängig von der Interessenlage anderer Mütter. Die Verhandlungsgrundlage mit den anderen Müttern ist im Hinblick auf einen Ausgleich etwaig divergierender Interessen bereits vor Koordinierung weitgehend in den Organen der Mütter vorgezeichnet. Der auslösende und bestimmende, zur Verhandlungsbasis gestellte Entscheidungsbeitrag einer jeden Mutter wird dementsprechend nicht in der konsortialen BGB-Gesellschaft ermittelt, sondern in jeder Mutter selbst.
Es ist zwar nicht ohne weiteres davon auszugehen, daß die BGB-Gesellschaft im Rahmen der §§ 308 AktG, 244 RegE GmbHG im Interesse ihrer Gesellschafter liegende nachteilige Weisungen erteilen kann. Die aufgrund des Beherrschungsvertrages bestehende Leitungsmacht darf nur dazu benutzt werden, nachteilige Weisungen auszusprechen, die den Belangen des herrschenden Unternehmens oder der mit ihm und der Gesellschaft verbundenen Konzernunternehmen dienen. Die Belange der BGB-Gesellschaft entsprechen dem durch Konsortialvertrag festgelegten Gesellschaftszweck. Dieser Gesellschaftszweck besteht lediglich darin, die Verhaltensweisen der BGB-Gesellschaf-

ter zu koordinieren. Insoweit kann eine nachteilige Weisung im Interesse der BGB-Gesellschafter nicht dem Zweck der Verhaltenskoordination dienen und damit nicht den Belangen der BGB-Gesellschaft entsprechen[1] [2]. Der Wille der BGB-Gesellschaft ist aber nichts anderes als der Wille der BGB-Gesellschafter in ihrer Gesamtheit, so daß es von daher gerechtfertigt ist, nachteilige Weisungen im Interesse der Gesellschafter von §§ 308 AktG, 244 RegE GmbHG gedeckt sein zu lassen[3]. Ist die BGB-Gesellschaft aber in ihrer Willensbildung nicht so verselbständigt, daß sie unabhängig von den bereits entwickelten und vorformulierten konzernpolitischen Entscheidungen eine selbständige Entscheidung trifft, ist sie lediglich ein Durchgangsstadium der in jeder Mutter bereits festgelegten, konzernpolitischen Maßnahmen, ein Hilfsinstrument zur Durchsetzung konzerneinheitlicher Leitung im Gemeinschaftsunternehmen[4]. Selbst wenn jeder Unternehmens-BGB-Gesellschafter hinsichtlich seiner ursprünglichen, selbst festgelegten Entscheidung Konzessionsbereitschaft bei der Koordination zeigen muß, macht sich jeder die durch Koordination gefundene Entscheidung zur eigenen und sie entspricht seinem Willen. Andernfalls hätte er die Vorstellungen des Mitgesellschafters nicht hinzunehmen brauchen.
Sind aber die von den in der BGB-Gesellschaft zusammengeschlossenen Gesellschaften getroffenen koordinierten Entscheidungen letztlich nichts anderes als Entscheidungen, die jede Gesellschaft in ihren eigenen Willen aufnimmt, würde es auch unverständlich bleiben, wenn diese dem möglichen Einfluß des Aufsichtsrats einer jeden Mutter entzogen würden.

---

1 IdS Nordmeyer, S. 99; Emmerich/Gansweid, a.a.O. S. 296/297

2 Die BGB-Gesellschaft dürfte hier schon gar kein Unternehmen im Sinne des AktG sein, weil sie außerhalb des Gemeinschaftsunternehmens keine unternehmerischen Interessen verfolgt; so Emmerich/Sonnenschein, S. 23. Beim Abschluß des Beherrschungsvertrags wird man jedoch, um diesen mit einem Gemeinschaftsunternehmen überhaupt zu ermöglichen, eine Ausnahme machen müssen.

3 So Koppensteiner, a.a.O., S. 320; Barz, a.a.O., S. 66

4 Siehe dazu Schulze, a.a.O., S. 87/88; Gutjahr, S. 137 und 148

Es ist deshalb davon auszugehen, daß das Gemeinschaftsunternehmen von jeder seiner Mütter abhängig ist und mit jeder einen Konzern bildet. Der konsortialen BGB-Gesellschaft kommt keine eigenständige konzernrechtliche Bedeutung zu[1]. Das wird um so deutlicher, wenn die Mütter lediglich eine BGB-Gesellschaft zum Zwecke des Abschlusses eines Beherrschungsvertrags gründen, sich aber im übrigen außerhalb eines Konsortiums über ein gemeinsames Vorgehen ganz zwanglos einigen oder mehrere Mütter die Leitung des Gemeinschaftsunternehmens nach außen unter entsprechenden internen Absicherungen einer Mutter übertragen. In beiden Fällen hat die BGB-Gesellschaft als Leitungsinstanz keine Bedeutung. Die Dazwischenschaltung einer BGB-Gesellschaft als Koordinierungszentrum kann deshalb keine andere rechtliche Wertung erfahren.
Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, daß keine der Mütter allein die gemeinsame Tochter in einen wirtschaftlichen Einheitsverbund integrieren kann[2]. Denn einigen sich die Mütter über ein gemeinsames Vorgehen, so zeigen sie gleichzeitig, daß das koordinierte Vorgehen im Interesse einer Integration in den eigenen Konzernverbund liegt.
Es ist deshalb gerechtfertigt, die Mitbestimmung der Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens mit zu den mehreren Müttern als den Stellen folgen zu lassen, wo der maßgebliche Einfluß auf konzernpolitische Entscheidungen im Gemeinschaftsunternehmen stattfindet.

II) Ausgestaltung des Wahlrechts

Sieht man die einzelnen Konzernrechtsbeziehungen lediglich getrennt, so müßten die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens folgerichtig (vgl. § 5 Abs. 1 MitbG 76) ein volles aktives und passives Wahlrecht zu jedem Aufsichtsrat der mehreren Mütter haben[3]. Ob diese Lösung aber sinnvoll und sachgerecht ist, mag einstweilen noch da-

---

1 Gutjahr, a.a.O., S. 137; Nordmeyer, S. 100; BAG AP Nr. 20 zu § 76 BetrVG; Hueck, Anmerkung dazu, ebenda; so wohl auch Hoffmann, a.a.O., S. 7

2 Biedenkopf/Koppensteiner, KK-§ 17 Rdnr. 20

3 BAG AP Nr. 20 zu § 76 BetrVG

hingestellt bleiben.
Es kann nur soviel feststehen, daß die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens einen mitbestimmungsrechtlichen Einfluß erhalten müssen.
Bei der Frage, in welchem Verhältnis sie beteiligt werden müssen, bleiben sowohl die wirtschaftliche Bedeutung des Gemeinschaftsunternehmens, die Rechtsform der mehreren Mütter als Konzernobergesellschaften als auch die Tatsache zu berücksichtigen, daß die mehreren Mütter ihr Entscheidungsverhalten gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen noch koordinieren müssen.

Ein volles aktives und passives Wahlrecht zu den Aufsichtsräten der mehreren Konzernmütter führt zwangsläufig zu einem überrepräsentativen Mitbestimmungseinfluß der Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens[1]. Es zielt über den Zweck einer notwendigen und legitimen Wahrnehmung ihrer Interessen hinaus. Das volle aktive und passive Wahlrecht zu jeder Mutter ist zur Vertretung ihrer Interessen nicht erforderlich und widerspricht dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit, weil keine der mehreren Mütter allein gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen entscheidungsbefugt ist. Einer der Mitbestimmung der Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens gerecht werdenden Lösung ist Genüge getan, wenn der mitbestimmungsrechtliche Einfluß nur in einer der Mütter zur Geltung kommt[2].
Gerade die erforderliche Koordinierung der Verhaltensweisen der mehreren Mütter, um konzerneinheitliche Leitung im Gemeinschaftsunternehmen mittels des Weisungsrechts durchzusetzen, spricht für eine solche Lösung. Denn durch den mitbestimmungsrechtlichen Einfluß in einer der Mütter unter Beteiligung der Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens werden gleichzeitig bereits die nicht vom Wahlrecht der Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens erfaßten weiteren Mütter unmittelbar konfrontiert. Ein zusätzliches Wahlrecht zu den anderen Müttern ist daher überflüssig und gibt den Arbeitnehmern des Ge-

1 Ausführlich Hoffmann, a.a.O., S. 7; Ahrens, Die AG 75, S. 154; Lutter, Mitbestimmung im Konzern, S. 11; vgl. auch Gutjahr, S. 137, der nur die Alternativen Überrepräsentanz und Verzicht auf Repräsentanz sieht und aus Mitbestimmungsgründen zu einem Vorrang der Überrepräsentanz kommt

2 Siehe Hoffmann, a.a.O., S. 7

meinschaftsunternehmens mitbestimmungsrechtlich mehr als ihnen der Mitbestimmungsgedanke zubilligt. Im Ergebnis würde ein Wahlrecht zu allen Müttern lediglich dazu dienen, das Einfluß- und Informationspotential der Arbeitnehmer in den Müttern über Gebühr und in einer nicht zu vertretbaren Weise zu erweitern[1]. Das steht in keinem vernünftigen Verhältnis zur Höhe der Beteiligung der Mütter. Dies ist selbst bei einer Verhältniswahl[2] und bei der von der neueren Rechtssprechung[3] aufgestellten Forderung der Fall, daß im herrschenden Unternehmen mindestens ein Vertreter des herrschenden und ein Vertreter des abhängigen Unternehmens Sitz und Stimme haben müssen. Dieser weitreichende Informations- und Einflußvorsprung in allen Müttern nimmt um so mehr zu, je mehr Sitze die Arbeitnehmer insgesamt im Aufsichtsrat erhalten[4], also insbesondere bei paritätischer Mitbestimmung oder der Mitbestimmung nach dem MitbG 76.

Eine andere mitbestimmungsrechtliche Lösung für die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens, die auch Praktikabilitätsgesichtspunkten Rechnung trägt, läßt sich nur schwer finden. Man könnte insoweit daran denken, das Stimmengewicht der Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens bei der Wahl zum Aufsichtsrat jeder Mutter nach der Höhe der Beteiligung einer jeden Mutter zu bemessen[5]. Aber abgesehen von den rein organisatorischen Schwierigkeiten einer solchen Stimmengewichtsaufteilung[6], ist diese Lösung wenig sachgerecht. Vor allen Dingen wirkt sie sich für die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens mitbestimmungsverkürzend und grundlos benachteiligend aus.
Addiert man die Stimmenquoten der Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens für alle Mütter, errechnet nach den Beteiligungsquoten, so haben die Arbeitnehmer zwar im Ergebnis formal betrachtet ein

1 Hoffmann, a.a.O.; Ahrens, a.a.O., S. 154

2 Der RegE MitbG 74 sieht Mehrheitswahl vor, § 15 Abs. 1; das MitbG 76 grundsätzlich Verhältniswahl, § 15 Abs. 1

3 BAG DB 76, S. 247

4 Hoffmann, a.a.O., äußerst die Befürchtung, daß leicht die Mütter gegenüber der Tochter schutzbedürftig werden könnten; Ahrens, a.a.O., spricht davon, daß die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens die Arbeitnehmer der Mütter majorisieren können

5 Hoffmann, a.a.O., S. 154

6 Hoffmann und Ahrens, a.a.O.

100 %-iges Stimmengewicht, allerdings aufgeteilt auf alle Mütter. Die mitbestimmungsrechtliche Einflußintensität entspricht aber keineswegs der, wenn ihnen ein volles aktives und passives Wahlrecht zum Aufsichtsrat nur einer der Mutterkonzerngesellschaft gewährt wird. In den einzelnen Müttern addiert sich tatsächlich nämlich nicht der mitbestimmungsrechtliche Einfluß der Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens, sondern bleibt nur in Höhe der viel geringeren Beteiligungsquote erhalten, da ihre Vertreter in den Aufsichtsräten der verschiedenen Mütter eine einheitliche Haltung gegenüber unternehmerischen Entscheidungen in bezug auf das Gemeinschaftsunternehmen einnehmen[1]. Aufgrund diese einheitlich orientierten Entscheidung bei Maßnahmen der Mütter gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen ist es aber völlig ausreichend, wenn der mitbestimmungsrechtliche Einfluß der Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens nur einmal hervortritt.
Ein Wahlrecht zu allen Müttern mit einem Stimmengewicht nach der Höhe der Beteiligung der Mütter ist für die Arbeitnehmer sinnlos und gibt ihnen wegen ihres prozentualen Stimmengewichts nur eine verhältnismäßig geringe Möglichkeit, Vertreter ihres Vertrauens in die Aufsichtsräte zu wählen, die ihre Interessen nachhaltig vertreten können. Jedenfalls bleibt ihr Einfluß schon von vornherein sehr gering.
Andererseits widerspricht auch ein prozentuales aktives und passives Wahlrecht zum Aufsichtsrat jeder Mutter dem Mitbestimmungedanken, der nur eine einmalige Teilhabe an unternehmerischen Entscheidungen fordert[2].

Sachgerecht und mitbestimmungskonform ist deshalb nur die einmalige Wahlbeteiligung zum Aufsichtsrat einer Mutter[3], allerdings mit vollem aktiven und passiven Wahlrecht.
Dadurch bietet sich zugleich die Möglichkeit an, mittelbar auch eine nicht mitbestimmte Mutter in den Mitbestimmungskreis einzubeziehen, indem man den Arbeitnehmern des Gemeinschaftsunternehmens ein Wahlrecht zu einer paritätisch mitbestimmten Mutter gibt

1 Das übersieht Hoffmann, a.a.O.

2 Siehe S. 275

3 Differenzierend Wessing/Hölters, DB 77, S. 864 ff, 866 ff, 868

Die Frage, welche Mutter für die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens zuständig sein soll, ist dann noch verhältnismäßig einfach zu klären, wenn zum Beispiel eine AG und mehrere Gesellschaften mbH oder eine GmbH und mehrere Personengesellschaften an dem Gemeinschaftsunternehmen zu gleichen Teilen beteiligt sind. Hier wird man aus mitbestimmungsrechtlichen Gründen die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens der Mutter zurechnen können, bei der sich die Mitbestimmung gesellschaftsrechtlich am wirkungsvollsten auswirken kann, also in den Beispielsfällen entweder in der AG oder in der GmbH. Hinsichtlich der Feststellung, wo sich die Mitbestimmung am besten entfalten kann, bestehen zwischen AG, GmbH und Personengesellschaften derzeit keine Schwierigkeiten.

Schwierigkeiten können jedoch dann entstehen, wenn an dem Gemeinschaftsunternehmen nur AGen oder Gesellschaften mbH beteiligt sind. Zwar wirkt sich die Mitbestimmung in AGen oder Gesellschaften mbH grundsätzlich gleich aus. Sie ist aber in Einzelfällen unterschiedlich, wenn die Zustimmungsbedürftigkeit bestimmter Geschäfte in den Aufsichtsräten unterschiedlich ausfällt. Zumindest dieses Problem wird man aber dadurch lösen können, daß der Kreis zustimmungspflichtiger Geschäfte vom Gesetzgeber festgelegt wird, so daß in denselben Gesellschaften eine in etwa gleich wirksame Mitbestimmung besteht. Aber damit ist die Schwierigkeit noch nicht überwunden, in welcher Mutter die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens wahlberechtigt sein sollen. Sollte es zutreffen, daß in der Regel eine Muttergesellschaft die organisatorische und personelle Leitung des Gemeinschaftsunternehmens übernimmt[1], so bestehen keine Bedenken, die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens hier mitwählen zu lassen[2].
Wenn sich jedoch keine Mutter bereit erklärt, die personelle und organisatorische Leitung des Gemeinschaftsunternehmens zu übernehmen, wird es problematisch, welcher Mutter man die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens zurechnen kann. Es kann nun nicht mehr darauf abgestellt werden, wo die Mitbestimmung am wirksamsten ist. Es bieten sich aber auch hier

1 Hoffmann, a.a.O.
2 Hoffmann, a.a.O.

Lösungsmöglichkeiten an.
Man könnte erwägen, es der Vereinbarung aller Mütter oder der Mütter mit den Arbeitnehmern des Gemeinschaftsunternehmens zu überlassen, in welcher Mutter die mitbestimmungsrechtliche Teilhabe stattfinden soll. Bei einer Vereinbarung mit den Arbeitnehmern erscheint es angebracht, daß für diese der Betriebsrat handelt, da sonst organisatorische und verfahrensrechtliche Schwierigkeiten entstehen würden. Überläßt man es allerdings der Vereinbarung der Parteien, so könnte es vorkommen, daß keine Einigung erzielt wird, in welcher Mutter die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens mitwählen sollen.
In diesem Fall muß jemand die Letztentscheidung darüber haben. Da es um die Frage der mitbestimmungsrechtlichen Teilhabe geht, können nur die Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens (der Betriebsrat) letztlich darüber entscheidungsbefugt sein, zu welcher Mutter sie aktiv und passiv wahlberechtigt sein wollen. Eine andere Lösung ist kaum zu finden. Jedenfalls sollte man aber die freiwillige Vereinbarung dem Letztentscheidungsrecht vorschalten.

Ein anderer Weg ließe sich nur dann einschlagen, wenn man überhaupt von einer Wahlbeteiligung der Arbeitnehmer des Gemeinschaftsunternehmens in einer oder allen Müttern absieht und ein völlig neues Gremium schafft, in dem, ähnlich wie im Aufsichtsrat, Vertreter der Mütter, die von deren Haupt- oder Gesellschafterversammlungen gewählt werden, und Arbeitnehmervertreter des Gemeinschaftsunternehmens gleichberechtigt und -gewichtig Sitz und Stimme haben. Diesem Gremium müßten dann Zustimmungsrechte zu konzernleitenden Maßnahmen der mehreren Mütter gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen eingeräumt werden. Eine solche Lösung ist aber bereits deshalb bedenklich, weil sie praktisch zu einer mitbestimmten BGB-Gesellschaft führt, in der die Mütter ihr Verhalten gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen koordinieren und läßt sich wohl derzeit nicht in die Praxis umsetzen.

Behält man die Wahl zu einer der Mütter bei, so ist das Argument, die Arbeitnehmervertreter des Gemeinschaftsunternehmens bekämen ohne Legitimation Einfluß auf Entscheidungen, die nicht das Gemeinschaftsunternehmen, sondern andere unternehmerische Bereiche der Mutter betreffen[1], nicht haltbar. Damit wird zugleich die Konzerneigenschaft in Frage gestellt. Liegt die Beherrschung des Gemeinschaftsunternehmens im gemeinsamen Interesse aller Mütter, ist jedes Einzelinteresse mit dem Gesamtinteresse identisch und umgekehrt[2], so daß jede Mutter die wirtschaftliche Einheit mit dem Gemeinschaftsunternehmen herstellen kann. Besteht eine wirtschaftliche Einheit zwischen Gemeinschaftsunternehmen und der Mutter, muß man auch bei Maßnahmen, die das Gemeinschaftsunternehmen nicht selbst betreffen, den Schwerpunkt auf diese Einheit legen und nicht den Gesichtspunkt der Vielheit der Glieder im Konzern heranziehen, was zwangsläufig auch die Einflußnahme in diesen Bereichen rechtfertigt. Insbesondere auch deshalb, weil die hier getroffenen Entscheidungen wegen des Bestehens eines Unternehmensverbundes Auswirkungen auf das Gemeinschaftsunternehmen haben können.

Wegen der unterschiedlichen Auswirkungen paritätischer Mitbestimmung auf die verschiedenen Gesellschaftsformen kann dies in der Praxis erheblich die Entscheidung beeinflussen, welche Unternehmen als Mütter ein Gemeinschaftsunternehmen gründen oder sich daran beteiligen. Es ist einsichtig, daß wegen der Verhaltenskoordinierung der Mütter gegenüber dem Gemeinschaftsunternehmen eine solche Mutter, bei der sich die paritätische Mitbestimmung weniger wirksam oder gar nicht auswirkt, um so mehr mit in den Bann der paritätischen Mitbestimmung gezogen wird, je stärker sie sich in einer anderen Mutter bemerkbar macht (zB der AG)[3].

---

1 Ahrens, a.a.O., S. 154

2 Siehe dazu auch Nordmeyer, S. 96

3 Siehe Hoffmann, a.a.O.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 15. Dezember 1951 als einziges Kind des Maschinen-Ingenieurs Martin Knaup und seiner Ehefrau Ella in Berleburg, jetzt Bad Berleburg, geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule in Berleburg wechselte ich über auf das Gymnasium. Die Reifeprüfung bestand ich am 14. Juni 1970 am mathematisch- naturwissenschaftlichen Johannes-Althusius-Gymnasium in Bad Berleburg. Nach dem Studium der Rechtswissenschaft seit dem Wintersemester 1970/71 an der Philipps-Universität zu Marburg/Lahn legte ich am 20. Januar 1975 in Frankfurt die erste juristische Staatsprüfung mit Erfolg ab. Nach Fertigstellung meiner Dissertation trat ich am 1. September 1976 am Landgericht Konstanz in den juristischen Vorbereitungsdienst ein. Am 12. Januar 1979 bestand ich in Stuttgart die 2. juristische Staatsprüfung. Seit dem 19. Februar 1979 bin ich als Richter beim Amtsgericht Lörrach tätig.

Citydruck · Haugerglacisstraße · 8700 Würzburg